
NOÇÕES GERAIS

→ **Avaliação**

- Só exame

→ **Material para as aulas**

- Fazer dossier com elementos estudados, tratados e acórdãos do TIJ

→ **Matéria**

- Direito Constitucional da União Europeia

MATÉRIA

Perspetiva genérica

Nesta perspetiva, a UE é uma forma avançada de organização internacional. Isto porque na base da UE estão os tratados de Direito Internacional negociados pelos estados contratantes, rigorosamente nos mesmos termos em que se aderem a tratados internacionais. Ou seja, para a entrada em vigor dos tratados da UE é preciso que eles sejam ratificados por todos os estados membros de acordo com as suas regras constitucionais, isto é, de acordo com o que a Constituição desses estados diz. Desta perspetiva, a UE tem de ser vista como uma organização internacional.

Contudo, se olharmos para o seu **quadro institucional e normativo**, para as relações entre o Direito da UE e os direitos dos Estados membros, o caso muda de figura. Quer o quadro constitucional da UE, quer a eficácia do seu direito nas ordens jurídicas nacionais se afastam decisivamente daquilo que é parâmetro nas organizações internacionais vulgares.

Porquê?

Isto acontece porque, do ponto de vista dos seus órgãos, encontramos sinais de matriz federal. Na UE há órgãos que representam os estados membros, há órgãos que representam os cidadãos da UE e há órgãos que representam a própria UE. Existe ainda a dualidade entre a decisão político-legislativa e a política constitucional. A política europeia é marcada pela clivagem entre órgãos de controlo jurisdicional e órgãos de decisão política, o que não é habito nas organizações internacionais. Se olharmos para o Direito da UE e a sua eficácia, deparamo-nos com a vocação que o direito da UE tem para ser aplicado nos estados membros como se fosse direito interno.

Sendo o direito da UE aplicado na generalidade dos estados como se de direito interno se tratasse e projetando-se na esfera jurídica dos particulares, eles podem invocar nos seus litígios esse mesmo direito e, portanto, os tribunais dos estados membros, em rede com o Tribunal Internacional da UE, podem aplicar o direito da UE. A isto acrescenta-se uma regra muito própria e fundamental: em caso de conflito entre uma disposição nacional e uma disposição de fonte de direito da UE, afasta-se o direito nacional contrário à disposição europeia, por força do **princípio do primado**.

Tanto o princípio do efeito direito como o princípio do primado são claramente princípios de matriz federal. Pelo que podemos concluir que a UE tem características de organização internacional e características de federação simultaneamente.

“A UE é uma forma desenvolvida de organização internacional com características de uma federação embrionária.” Bruno de Witte

Então em que é que a UE é uma forma desenvolvida de organização internacional?

O facto de ser uma forma desenvolvida de organização advém do seu quadro complexo e original repousando em várias entidades distintas. Este quadro é marcado por órgãos com várias legitimidades (a da representação dos estados membros, a representatividade da UE e a dos seus cidadãos) e marcado pela dualidade entre o poder político-legislativo e o poder jurisdicional.

E onde é que estão as características de uma federação?

As características de matriz federal estão na eficácia do direito da UE e na suscetibilidade que ele tem de ser aplicado nos estados membros pelas administrações públicas e pelos tribunais nacionais, tal como de ser invocado pelos particulares como se fosse direito interno. A ordem jurídica da UE está integrada na ordem jurídica dos estados membros e é aplicada como direito interno. E, como vimos, com este princípio do primado, damos preferência ao direito internacional em caso de conflito com o direito interno. Esta regra tem origem no acórdão Costa-ENEL do TIJ.

MATRIZ CONSTITUCIONAL DA UNIÃO EUROPEIA

Para melhor entendermos como funciona a constituição da UE vamos fazer uma análise comparativa juntamente com as constituições tradicionais, nomeadamente com a Constituição da República Portuguesa de 1976. Quais são as matérias-chaves sobre as quais, regra geral, se debruça uma constituição?

1. Catálogo de princípios e direitos fundamentais

Em primeiro lugar temos o catálogo de princípios e direitos fundamentais, que a nível europeu encontra-se principalmente na **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Esta carta não tem uma génese jurídico-internacional, pelo facto de não ter sido aprovada e ratificada pelos estados como se exigiria para qualquer tratado de direito internacional clássico, foi antes aprovada pelos órgãos próprios da UE, nomeadamente o parlamento europeu e a comissão europeia.

Lá por existir esta carta, não significa que ela reúna a totalidade dos princípios e direitos pelos quais se rege a UE, temos ainda o próprio tratado da UE que também discrimina no seu início alguns valores fundamentais.

Os princípios e direitos que mais se destacam são o direito à cidadania europeia e o princípio da liberdade de circulação entre os estados membros. Infelizmente estes princípios encontram-se particularmente ameaçados hoje em dia, mas o mais importante a referir é que eles fazem parte da constituição da UE e são por isso, comuns a todos os estados membros. As constituições dos estados membros e a constituição da UE interagem em rede, isto é, os valores que defendem devem ser os mesmos e qualquer princípio consagrado pela constituição da UE é comum a todos os estados. À semelhança do que acontece a nível nacional, a UE também tem mecanismos próprios que assegurem o respeito por esses princípios e direitos, mas essa matéria estudaremos mais à frente.

Importa realçar que o facto da Carta dos Direitos Fundamentais da UE ter sido aprovada pelos órgãos próprios da UE e não pelo método de ratificação clássico, demonstra claramente que esta é uma organização internacional mais desenvolvida e avançada, muito distante das organizações internacionais clássicas.

2. Organização do poder político

Outra parte essencial em qualquer constituição é a organização do poder político, sempre pautada por dois grandes princípios: **princípio democrático** e o **princípio da separação de poderes**. É exatamente o que acontece ao nível da UE, dado que há uma parte da sua Constituição dedicada unicamente à organização do poder político.

A UE baseia-se numa **democracia representativa**, tal como se pode ler o **nº1 do artigo 10º do Tratado da União Europeia (TUE)**, o que é perceptível mediante a observação de múltiplos aspetos:

→ Em primeiro lugar, os **cidadãos estão diretamente representados**. Quando falamos em cidadãos em contexto de UE estamos a referir-nos aos nacionais dos vários estados membros. Nós, por sermos portugueses, somos cidadãos europeus e estamos, por isso, diretamente representados. O órgão de representação dos cidadãos a nível europeu é o **Parlamento Europeu**, como se lê no **nº2 do artigo 10º do TUE**.

→ Depois temos a **representação dos estados membros**.

Voltamos aqui a encontrar um elemento típico de uma federação, dado que todo o estado federal tem duas vertentes: representação dos cidadãos e representação dos estados que integram a federação. É sobretudo neste ponto que se faz notar a tal lógica embrionária de federação de que se fala na definição anteriormente citada. Não deixa de ser uma lógica federativa embrionária porque numa constituição federal, os cidadãos e os estados estão representados em órgãos do mesmo grau de importância.

Tomando como exemplo a dos EUA, os cidadãos estão representados na Câmara dos Representantes e estados no Senado. Já na UE, os estados membros assumem uma presença notavelmente mais forte, dado que os órgãos que os representam não são da mesma ordem. A representação dos estados membros é assegurada por dois órgãos autónomos:

- ➔ **Conselho da União Europeia** – é o órgão que representa os estados membros a nível ministerial. Reúne periodicamente os vários ministros em função da matéria em discussão. (Se o tema for a educação, vai o ministro da educação; se o tema for económico, vai o ministro da economia de cada estado membro, ...)
- ➔ **Conselho Europeu** – é o órgão que reúne os chefes de Estado de todos os estados membros. É de notar que na sua maioria são os primeiros-ministros. Existem exceções, relativamente àqueles países em que é o Presidente da República que assume a função de chefe de Estado, caso da França. Ao contrário do Conselho da União Europeia, aqui quem tem assento é sempre o chefe de estado, não havendo variações em função da matéria.

O **artigo 10 do TUE** deixa bem claro que estes dos conselhos têm legitimidade democrática, dado que os membros que os compõem são eles próprios politicamente responsáveis, quer perante os seus órgãos constitucionais internos, quer perante os seus nacionais.

Existe ainda a ideia de participação democrática, isto é, a ideia de que as decisões são tomadas o mais próximo possível das populações, como se pode ler no **nº2 do artigo 10 do TUE**. No **nº4** do mesmo artigo há ainda uma referência aos partidos políticos a nível europeu que ainda não são completamente autónomos por serem correntes dos partidos políticos nacionais.

É o **título II do TUE** que trata dos princípios democráticos supracitados. É essencial referir que, além do Parlamento Europeu, os parlamentos dos estados membros têm um papel fundamental em todo o funcionamento da UE. Isto porque o principal objetivo é funcionarem como numa espécie de rede em conjunto com o Parlamento Europeu, de modo a assegurar ao máximo o princípio democrático.

Mediante esta análise do quadro institucional da UE, podemos concluir que esta possui uma complexa organização do poder político pautada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação de poderes.

É de notar que o TUE refere o princípio da separação de poderes como sendo o **princípio de equilíbrio institucional** e trata dele no seu título III.

Resta agora perceber quais são os órgãos de soberania do seio da UE, sem nunca esquecer que o ponto de referência para a Constituição da UE são as constituições dos seus estados membros (sendo esta a razão pela qual estamos a fazer a sua análise a par dos esquemas nacionais adotados).

São então órgãos de soberania:

- **Comissão Europeia** – representa a própria UE
- **Tribunal de Justiça da União Europeia**
- **Parlamento Europeu** – representa os cidadãos
- **Banco Central Europeu**
- **Tribunal de Contas**
- **Conselho da União Europeia**
- **Conselho Europeu**. Ambos os conselhos representam os estados membros.

NOTA: os órgãos supremos mais importantes da UE são denominados de **instituições**.

Cada órgão da UE deve atuar dentro dos limites das suas competências. Estes limites podem ser negativos ou positivos, sendo os segundos aqueles que ditam que cada instituição deve atuar em conjunto com as outras.

Tomemos o exemplo dos atos legislativos da UE: resultam necessariamente da contribuição de três instituições – a comissão europeia, o parlamento e o conselho europeu – em que todas discutem as propostas em cima da mesa até chegarem a um acordo. Podemos concluir que o princípio da separação de poderes, ou o princípio do equilíbrio institucional, não se circunscreve ao limite de competência de cada órgão, ou seja, ao limite negativo, indo também ao encontro do **princípio da cooperação leal entre as instituições**. Muitas coisas a nível europeu dependem da cooperação entre os três órgãos que tomam parte no processo legislativo.

3. Fontes de Direito infraconstitucionais

Esta é outra matéria que, regra geral, faz parte das constituições. A Constituição é a norma sobre a produção de normas e deve, por isso, elencar todos os atos infraconstitucionais e ainda descrever a forma como estes se relacionam. *Exemplo, artigo 112 da CRP.*

Na UE temos normas que enuncia as fontes infraconstitucionais, sendo que as normas que daí advêm são chamadas de **direito secundário** ou de **direito derivado**.

4. Fiscalização da constitucionalidade / Garantia da Constituição

Se uma Constituição se pretende suprema, deve ela própria conseguir garantir o respeito e a observância dos seus preceitos por parte dos órgãos infraconstitucionais. É disso que trata também a Constituição da UE, sendo que a sua garantia é feita sobretudo a nível jurisdicional. O órgão responsável pela garantia da Constituição da UE é o **Tribunal de Justiça da União Europeia**.

Em Portugal, todos os tribunais são responsáveis por assegurar o respeito pela Constituição, mas existe um Tribunal Constitucional que tem sempre a última palavra no que toca a este assunto e serve exclusivamente para dar resposta à fiscalização e garantia da constitucionalidade.

Na UE o mesmo se passa, uma vez que também é um tribunal que desempenha esse papel. No entanto, este não é especializado nem se dedica apenas a essa matéria,

dado que paralelamente desempenha ainda as funções de Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo. Como Tribunal Constitucional, compete-lhe a **fiscalização da conformidade dos atos infraconstitucionais com a Constituição da União Europeia**.

Esta situação é semelhante ao que acontece nos EUA, em que a *Supreme Court* não é especializada em assuntos jurídico-constitucionais, mas é também o órgão responsável por assegurar o respeito pela Constituição norte americana.

Apesar da sua enorme importância tanto da fiscalização de todos os atos da UE, como na fiscalização dos atos legislativos dos estados membros, a fiscalização dos atos dos estados membros pelo Tribunal de Justiça da União Europeia não tem a mesma intensidade que teria numa verdadeira federação, daí que se fale em “federação embrionária”. Contudo, olhando para a prática, o resultado atingido é semelhante.

5. Revisão Constitucional

Tal como nas constituições nacionais, também na Constituição da UE existem normas dedicadas à sua própria revisão. O processo de revisão constitucional não deve coincidir com o processo legislativo normal porque, se assim fosse, qualquer ato legislativo ordinário podia rever e alterar a Constituição. É por esta razão que tem de existir um processo próprio, agravado em relação aos restantes atos legislativos.

A esse respeito até se prevê mais do que um processo de revisão constitucional na Constituição da UE, um comum e outros simplificados, apesar de ainda assim estes simplificados estarem longe dos processos comuns.

Este é um aspeto em relação ao qual a UE se afasta do figurino federativo e assume as vestes de uma verdadeira organização internacional clássica, dado que as revisões constitucionais são feitas mediante conferências internacionais, de acordo com o método intergovernamental. Esta nuance seria atípica numa organização federal.

6. Repartição de competências entre a UE e os Estados membros

Numa Constituição de estrutura complexa há ainda uma outra matéria com dignidade constitucional, sendo esta a repartição de competências entre a UE e os estados membros. Na nossa constituição acontece o mesmo ao nível da repartição de competências entre a república central, se assim se pode chamar, e as regiões autónomas.

É um tema de extrema relevância e a primeira referência ao mesmo consta no **artigo 5º do TUE**, onde se diz que a UE não possui a competência das competências, isto é, não possui a competência de delimitar as suas próprias competências.

Assim sendo, atua no âmbito das competências definidas pelos estados membros por meio de tratados e consoante os objetivos que estes consideram que devem ser prosseguidos.

É importante ressaltar que todas as competências que não pertencem à UE estão a cargo dos seus estados membros. Esta regra foi inspirada na 10ª emenda da Constituição dos EUA.

TRATADOS CONSTITUCIONAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Antes de entrar nesta matéria propriamente dita, há que ressaltar que estes tratados, à semelhança de muitas das constituições dos Estados, não contêm apenas normas de teor constitucional.

Os tratados fundamentais que formam a Constituição da UE são:

- ➔ **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** – tem uma génese interna, isto porque não foi negociada em nenhuma conferência diplomática, mas aprovada pelos próprios órgãos da UE.
- ➔ **Tratado da União Europeia** – também conhecido por Tratado de Maastricht, assinado em 1992 e sucessivamente revisto pelos tratados de Amesterdão, Nice e Lisboa.
- ➔ **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia** – assinado em Roma, nome pelo qual também é conhecido. O seu nome original era Tratado da Comunidade Económica Europeia, revisto em 1992 pelo tratado de Maastricht que o rebatizou como da Tratado da Comunidade Europeia.

O **Tratado da União Europeia (TUE)** foi aprovado em Maastricht em fevereiro de 1992 e entrou em vigor em novembro de 1993. Este tratado contém uma série de normas constitucionais de extrema importância para a UE e já foi revisto por sucessivos tratados (Amesterdão 1997, Nice 2003 e Lisboa 2007).

Tal como acontece com as revisões constitucionais, os tratados de revisão são integrados no texto e, portanto, o TUE está hoje em vigor na versão que lhe foi dada pelo Tratado de Lisboa. O Tratado de Lisboa, por sua vez, apenas foi revisto por um processo de revisão simplificada e a sua vigência iniciou-se a 1 de dezembro de 2009.

Importa referir aqui o Tratado de Roma, assinado a 25 de março de 1957, entrou em vigor em janeiro de 1958, que criou, como já foi referido, a Comunidade Económica Europeia que, em conjunto com a CEEA e a EURATOM, resultam no ascendente daquela que hoje conhecemos como União Europeia.

A razão por detrás do rebatismo de 1992, ano a partir do qual passamos de Tratado da Comunidade Económica Europeia para Tratado da Comunidade Europeia, é uma mudança de foco principal da organização que já não se pautava apenas por objetivos económicos e de mercado comum. O próprio Tratado de Roma, na sua versão original, já contemplava matérias cuja ligação à economia era mais remota, tais como o ambiente e a política educacional, mas só a partir de 1992 é que há esta mudança de nome, caindo o termo “económica”.

Podemos então concluir que as normas constitucionais da UE estão distribuídas por três grandes tratados: TUE, TFUE e CDFUE. Há uma disposição no **artigo 1º do TUE** que dita a substituição da comunidade pela união. Contudo, essa mudança só surgiu com o Tratado de Lisboa. Durante este período, 1992 a 2007, coexistiram comunidade e união no quadro da UE.

Como já tínhamos visto anteriormente, a **UE não tem competência para designar as suas próprias competências** e vive, portanto, das competências que lhe são atribuídas pelos Estados através dos tratados.

As normas de atribuição de competência à UE **são simultaneamente normas de atribuição e normas de procedimento**, isto é, a mesma norma que indica qual a competência, indica também o modo como deve ser exercida pelos órgãos da UE. Isto configura o chamado **princípio da atribuição** que está plasmado nas normas de competência (e procedimento).

Sem estas normas, a UE nada poderia fazer. Isto não é de todo estranho, uma vez que podemos encontrar exemplos desta técnica legislativa na nossa própria Constituição, pelo carácter orgânico ou reforçado de determinadas matérias.

É fundamental realçar a importância da jurisprudência do **Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)** a par dos dois tratados e da carta, dado que esta é também responsável por instituir vários princípios considerados fundamentais no seio da UE. O maior exemplo disso é talvez o **princípio do primado**, instituído pelo acórdão Costa EMEL e que não tem assento em nenhum tratado. Consta antes de uma declaração política que por si só é um ato tradicional de DIP que veio a ser anexada ao tratado de Lisboa por deliberação da conferência intergovernamental que o originou, mas sempre de acordo com o espírito fixado pela jurisprudência do TJUE.

É o **artigo 288 do TFUE** que fixa as fontes de direito na UE: regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O **artigo 289** fixa o procedimento legislativo ordinário da UE.

O tratado de Lisboa vem reformar o TCE e o TUE, mas também contém normas de diferentes valores jurídicos, nomeadamente a questão do princípio do primado que é, ao fim e ao cabo, uma criação jurisprudencial, à semelhança do princípio do efeito direto. Podemos então dizer que o sistema jurídico da UE se assemelha a um sistema de *common law* por ter fortes bases na jurisprudência.

É importante ressaltar que o facto de o princípio do primado não estar consagrado em nenhum dos tratados constitucionais, não significa que não tenha igual valor e que não seja um princípio imprescindível ao funcionamento da UE. Daí o paralelo com os sistemas de *common law*.

A disposição fundamental sobre o TJUE é o **artigo 19º do TUE**. Lê-se no nº1 que o **tribunal garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos tratados**, o que se revela como uma particularidade da UE face às outras organizações internacionais, dado que não existe qualquer outro tratado internacional cujo respeito

e aplicação sejam garantidos de forma jurisdicional. Este é um traço de uma forma muito avançada de organização internacional. Diz ainda a **alínea b) do nº3** que o tribunal decide, a título prejudicial, sobre a interpretação do direito da UE ou sobre a validade dos atos das suas instituições (papel de Tribunal Constitucional).

Um exemplo prático quanto à atuação do TJUE – o órgão que representa os estados membros decide por maioria qualificada, ou seja, até os estados que votaram contra uma resolução do Conselho Europeu vão ficar vinculados à mesma se for aprovada. Resta aos estados (que votaram contra) a possibilidade de contestarem essa mesma resolução perante o TJUE, como prevê a **alínea a) do nº3 do artigo 19 do TUE**.

No TUE existem ainda disposições fulcrais no que toca às instituições europeias.

- O **artigo 14º** diz-nos que o Parlamento Europeu exerce a função legislativa em conjunto com a Comissão Europeia.
- No **artigo 15º** lê-se que o Conselho Europeu é o órgão responsável por dar os impulsos necessários ao desenvolvimento da UE e por definir as orientações e prioridades políticas gerais da União, apesar de não ser um órgão com função legislativa.
- O **artigo 16º** diz-nos que o Conselho da UE exerce também funções legislativas e orçamentais.

Para fechar este tema acrescenta-se que a Constituição da UE se tem mantido estável ao longo das décadas de desenvolvimento do projeto europeu que teve início com a **Declaração Schuman**.

ORIGENS DA UNIÃO EUROPEIA

A Europa desenvolveu-se, ao longo da maior parte da sua história, dividida pelos chamados Estado-Nação. Daí até às duas grandes guerras não passou muito tempo para que fosse perceptível que o velho continente perdera o papel do centro do mundo. Após a segunda guerra mundial tínhamos uma Europa completamente devastada, dividida e até o único estado de tinha saído vencedor, o Reino Unido, não estava propriamente nas melhores condições. Havia então a necessidade de pensar numa forma de unir os grandes estados europeus, tendo sobretudo em vista a prevenção de futuros conflitos.

Discurso de Zurique

Para que isto acontecesse era fundamental que a França e a Alemanha se reconciliassem, dado que eram as duas maiores potências até ao final da guerra. Foi com esta ideia em mente que Winston Churchill proferiu aquele que ficou conhecido pelo Discurso de Zurique a 19 de setembro de 1946. Este foi realmente o primeiro impulso político para aquele que viria a ser o processo de construção europeia.

Desde o início de todo este processo existiram duas visões a respeito da construção europeia: **moldes federais** e **moldes intergovernamentais** . Churchill não explora muito este aspeto, mantendo o foco na reconciliação das tais potências. Na lógica dele, o Reino Unido não faria parte da construção europeia e embora não achasse que pudesse ombrear com os EUA ou com a URSS, considerava que tinha o papel de patrocinar esse processo. Para ele, o Reino Unido tinha o seu lugar de potência mundial não sozinho, mas no quadro da *British Commonwealth*.

Esta ideia do primeiro ministro britânico reflete-se ao longo da história, dado que mesmo quando o Reino Unido se tornou membro da UE, conseguiu sempre negociar uma espécie de estatuto único em relação aos outros membros.

Na sequência do Discurso de Zurique, começam de facto a notar-se os primeiros passos em direção à aproximação dos estados europeus. Num primeiro momento temos a assinatura do Tratado de Bruxelas entre o Reino Unido, a França e os estados do BENELUX (Bélgica, Holanda e o Luxemburgo). Embora este tratado ainda não relevasse numa lógica de recuperação, foi uma aliança defensiva com suspeita do que a Alemanha poderia fazer, tendo em conta o seu comportamento expansionista durante a II Guerra Mundial.

Seguiu-se, em maio de 1948, o grande Congresso de Haia onde participaram 713 delegados de vários Estados europeus, entre eles o próprio Winston Churchill. Aqui ficou muito claro que todos estavam de acordo que os estados deveriam realmente encontrar formas de cooperação, através de um quadro específico de organização internacional.

Ficou também desde logo assente uma clara divisão entre aqueles que preferia uma **via de integração federal** em que os estados abdicariam de parte da sua soberania em prol de uma entidade federal central e autónoma, também conhecida como via supranacional, e aqueles que defendiam que a construção europeia devia fazer-se por **via intergovernamental** sem transferência de soberania, sem criação de órgãos autónomos ou organizações internacionais e sem atribuição de autonomia decisória em relação a esses órgãos ou organizações.

Na resolução política que resultou deste congresso lê-se que chegou a hora de as nações da Europa transferirem alguns direitos soberanos e passarem a exercê-los em comum, tendo em vista a coordenação e o desenvolvimento dos seus recursos. Apesar de esta ter sido a conclusão do Congresso de Haia, não foi este o espírito que integrou o figurino da primeira organização europeia que veio a ser criada pelo Tratado de Londres, assinado a 5 de maio de 1949 por dez estados europeus.

Este tratado deu origem ao chamado Conselho da Europa, que é um exemplo perfeito do modelo intergovernamental clássico para a construção europeia. É certo que este conselho tinha objetivos muito vastos de cooperação política e dos mais diversos domínios, tendo um âmbito material muito vasto, mas sempre de acordo com uma estrutura institucional sem transferências de soberania. O principal órgão seria o Comité de Ministros composto por representantes dos governos dos Estados membros que,

salvo em questões procedimentais, decidiria por unanimidade. Pelo que qualquer Estado teria o direito de veto.

Esta é basicamente a lógica do Conselho da Europa, que hoje ainda existe e é reconhecido como a fonte de diversas convenções europeias importantes. É, no entanto, perceptível que este não era um organismo dotado de tribunais nem era capaz de criar direito vinculativo suscetível de se refletir diretamente nos Estados, característica fundamental que a União Europeia de hoje possui. Fazia apenas resoluções que teriam de ser ratificadas pelos Estados para produzir efeitos no direito interno. Todos os estados membros da UE são membros do Conselho da Europa, apesar de nem todos os membros do Conselho pertencerem à União Europeia.

Os estatutos desta organização, Conselho da Europa, determinam que o comité tem poder para agir pelos Estados, sendo que os representantes são os ministros dos negócios estrangeiros de cada Estado membro. O comité pode concluir convenções e acordos que, nos termos do direito internacional clássica, produzem efeitos junto dos estados membros. Esta era uma lógica muito distante da lógica supranacional ou comunitária patente na atual União Europeia.

Tendo em conta a divergência que marcava a opinião política europeia, compreendemos que uma parte achava que o modelo a ser seguido para a construção europeia deveria ser o oposto daquele que vigorava no Conselho da Europa: a via federal ou supranacional. A verdade é que a ideia de abdicar de uma parcela de soberania em prol de uma organização dita supranacional é difícil de aceitar quando estamos a falar de Estados que tinham assumido o papel de potências mundiais ao longo de quase toda a história do velho continente. Mesmo quem defendia o método supranacional tinha noção que aquelas que tinham sido potências internacionais não estariam dispostas à partida a associar-se a uma via federal semelhante ao que existia nos EUA.

Tomando como exemplo a Constituição dos EUA de 1787, vemos que as primeiras matérias cuja competência foi transferida para a federação foram a defesa e a diplomacia: a defesa porque os estados acreditavam que ficavam mais seguros se esta fosse assegurada a nível central; a diplomacia consistia na transferência das relações diplomáticas para a federação.

Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)

Parecia bastante claro que esta via não era facilmente suscetível de ser posta em prática na Europa e é nesse contexto que surge a **Declaração Schuman** de 9 de maio de 1950. Esta foi uma declaração política proferida pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros francês, na qual ele foi muito claro ao utilizar por duas vezes o termo “federal”. Schuman fala em lançar as bases comuns para o desenvolvimento económico como sendo a primeira etapa de uma “federação europeia indispensável para a paz”.

Ao contrário do que aconteceu nos EUA, o primeiro passo da União Europeia foi no sentido económico. Esta construção seria feita por etapas, pequenos passos, começando pela construção do mercado comum do carvão e do aço. Estas matérias

primas foram as escolhidas porque, em 1950, o carvão e o aço eram a matéria prima dos instrumentos de guerra.

Achava-se que a criação do mercado comum do carvão e do aço, bem como a fusão dos interesses indispensáveis para essa comunidade económica permitiria a preservação da paz através da solidariedade, tornando qualquer conflito entre a França e a Alemanha “materialmente impossível”. Passaram 60 e muitos anos e, de facto, se essa guerra era materialmente impossível na época, hoje é praticamente impensável.

Schuman fez questão de frisar que este projeto, apesar de começar pela França e pela Alemanha, seria **aberto a qualquer Estado europeu que pretendesse aderir**. Era então necessário que os Estados que se associassem à CECA, abrissem mão dos seus direitos económicos sobre o carvão e o aço para que fosse esta organização, mediante a instituição de uma **Alta Autoridade**, a responsável por administrar a produção desses recursos. A proposta de Robert Schuman implicava de forma clara e evidente a transferência de poderes soberanos para esta entidade superior que seria independente dos Estados membros.

A certo ponto na declaração, lê-se a Alta autoridade seria composta por personalidades independentes, não representativas dos Governos dos Estados, o que era revolucionário na época. Nesse sentido, podemos considerar que esta autoridade é o órgão antecedente da Comissão Europeia, órgão decisório, independente e não representativo.

Prova de que a ideia de Schuman assentava na lógica supranacional é o facto de as decisões da Alta Autoridade vinculariam os Estados membros e seriam de execução obrigatória. Estas duas expressões não são sinónimas. As decisões serem obrigatórias significa que afetam os governos. Por sua vez, serem de execução obrigatória significa que afetam diretamente a vida dos particulares e empresas presentes no mercado do carvão e do aço. Este é um traço revolucionário porque na lógica do direito internacional clássico, os tratados apenas vinculavam os estados contratantes.

Lê-se ainda que as necessárias vias de recurso contra as decisões da Alta Autoridade seriam asseguradas por “disposições adequadas”, o que aponta indubitavelmente para a criação de um órgão jurisdicional subordinado ao princípio do Estado de Direito, podendo as decisões que afetam os Estados e os seus nacionais ser contestadas por meio de recurso.

O instrumento jurídico que daria corpo a tudo o que foi explicado por Schuman seria um tratado assinado entre os dois Estados, ao invés de uma Constituição aprovada por uma assembleia representativa, o que seria mais espetável numa lógica federal. Temos tudo: uma Alta Autoridade, independente dos Estados, direito que vincularia tanto Governos como particulares, mas tudo isto com base num tratado de direito internacional. Materialmente há ideias federais, mas formalmente a via para dar corpo e forma a essas ideias continuaria a ser o direito internacional. Este tratado não é como os outros porque não cria apenas direitos e deveres para as partes contratantes, mas também para particulares, certas categorias de agentes económicos e cidadãos.

Esta declaração foi o impulso para a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, CECA, que viria a ser criada pelo **Tratado de Paris** de abril de 1951, não só entre a França e a Alemanha, mas também com a Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, sendo estes os países fundadores do projeto europeu. Em 2002 a vigência deste tratado cessou, mas foi de facto decisivo para o arranque da construção europeia, sendo a primeira etapa da comunidade.

Este tratado distinguia-se dos tratados de direito internacional clássico pelo seu quadro institucional complexo que, além da Alta Autoridade, contava com um órgão de tipo parlamentar, um tribunal e ainda um órgão representante dos estados membros. Criou também vias de recurso para que os estados e os particulares pudessem impugnar decisões e criou um sistema de fontes do direito parecido ao que hoje existe, havendo fontes com eficácia jurídica na esfera dos particulares, sem necessidade transformação pelo direito interno para produzir efeitos. Este era o quadro complexo com órgãos políticos legislativos e órgãos jurisdicionais implementado por este diploma.

A etapa seguinte da federação europeia foi o **Tratado de Roma**. No entanto, para chegar a este tratado, houve uns incidentes de percurso. Estas questões têm de ser contextualizadas das questões internacionais da época. Pensava-se que a seguir à CECA se deveria investir na cooperação política e na defesa e nesse sentido foi realmente negociado e aprovado um tratado, que criava uma Comunidade de Defesa Europeia, que marcaria um enorme salto da economia para a defesa, mas esse tratado, não tendo sido ratificado por todos os Estados membros, não pôde entrar em vigor pelo que a comunidade europeia de defesa ficou para trás. Bem como a Comunidade Política Europeia.

O desenvolvimento das Comunidade Europeias

Em 1955 há uma nova declaração política em que se propõe o lançamento de uma comunidade económica geral, já não restrita a um determinado domínio como era a CECA, mas com competências genéricas e mais abrangentes. Esta nova comunidade contemplaria também a energia atómica, mas pela natureza deste produto especial, entendeu-se que justificaria criar uma comunidade específica para este efeito. Foi neste contexto que, em 1959, vêm a vigorar dois tratados que criaram a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica. No final dos anos 50 a construção europeia, cingida ao domínio económico, contava com três comunidades: CECA, CEE e EURATOM.

Só na década de 60 é que se começou a pensar se não seria útil, ou até mesmo indispensável que aqueles seis Estados que se tinham associado num projeto de integração económica tão vasto, iniciassem a discussão sobre alargar o âmbito da comunidade. Isto numa lógica supranacional, sob a forma de uma integração “proto federal” que se viria a designar **método comunitário**.

Apesar de tudo o que já foi referido, o percurso de construção europeia foi acidentado. Na mesma década tivemos dois falhanços determinantes: o projeto de defesa comum e a comunidade política, cujos tratados não foram ratificados pela

totalidade dos Estados. Houve uma mudança significativa nos quadros decisório e institucional com a passagem da CECA para a CEE. Os novos quadros institucional, político e normativo repercutem-se na gênese daquela a que hoje chamamos de União Europeia e continuam bem patentes na realidade comunitária dos nossos dias.

Ao longo da história da construção europeia, tivemos sempre a contraposição entre o método intergovernamental e o método supranacional ou federal. Houve, no entanto, um acontecimento histórico que levou à adoção do modelo de integração supranacional.

Existem autores que defendem que a obra dos seis fundadores foi nada mais que uma aliança defensiva dos derrotados da segunda guerra mundial e ainda com certos derrotados das guerras coloniais. Alguns dos Estados membros originais encontravam-se, nesta altura, num processo acelerado de perda das suas colónias, sobretudo a Holanda na década de 50. Este foi com certeza um momento único e irrepetível que conduziu a que estes Estados, mantendo uma presença multiseular na cena internacional, a abicarem de uma parcela da sua soberania e a acordar com os outros na lógica supranacional. Dificilmente noutras circunstâncias se teria aceitado, pelo menos através da via diplomática intergovernamental clássica, que tal projeto nascesse.

Não nos podemos esquecer que todo este projeto foi sendo desenvolvido por meio de tratados caracterizados pela sua inovação no consentimento de transferências de soberania e criação de órgãos da comunidade com autonomia decisória em relação aos Estados membros. Provavelmente, noutras circunstâncias, a situação não teria sido esta.

As transferências de soberania, apesar de tudo, só resultaram em domínios não diretamente ligados àquilo que era a essência da soberania, como a defesa e a diplomacia, mas essencialmente no domínio económico.

Embora o Tratado CECA acabasse por ter uma importância relativa, dado que estes produtos perderam relevância no PIB dos Estados membros pouco depois, esta comunidade foi fundamental pelas novidades introduzidas. Do ponto de vista institucional, quando comparada com a CEE, foi-se mais longe na CECA no que diz respeito à transferência de poderes soberanos e na criação de autoridades centrais e comunitárias com autonomia decisória.

Concretamente a declaração Schuman parecia muito clara, com a criação de uma Alta Autoridade composta por personalidades independentes escolhidas em função do seu conhecimento, havendo um elemento tecno crático, um tribunal uma assembleia parlamentar e nada mais.

Por sua vez, o tratado CECA distingue-se porque além de criar as tais autoridades independentes, um parlamento com controlo sobre executivo e um tribunal como previsto, criou ainda um órgão representante dos estados membros que não estava previsto na declaração. O que mostrava que os Estados membros, mesmo no pós-guerra não dispensavam a sua representação a nível central através de representantes dos seus

governos. Aquilo que se fez foi uma solução de compromisso importante, através de um sistema muito sofisticado chamado **parecer favorável**.

O Tratado CECA define muitas regras acerca do estabelecimento e manutenção do mercado comum, pelo que, sendo um tratado muito concreto e de grande densidade normativa, ficou conhecido como o **tratado-lei**. Isto significa que quem o iria por em prática seriam autoridades executivas e não legislativas. Este conceito contrasta com o Tratado CEE, considerado **tratado-constituição** por estabelecer os princípios e as bases da comunidade e remeter a sua implementação para outros órgãos político-legislativos, tendo uma densidade normativa muito mais leve, incluindo apenas as linhas de orientação gerais.

O Tratado CECA, altamente detalhado no regime do carvão e do aço, criou uma estrutura institucional que ficou conhecida como **quadripartismo institucional** e que se mantém durante muito tempo. Ficou com esta denominação por contemplar a existência de quatro órgãos: **órgão representante da comunidade, órgão parlamentar, órgão representante dos estados membros** e ainda um **órgão jurisdicional**.

Nos nossos dias já não podemos aplicar esta lógica quadripartida com rigor porque surgiram novos órgãos relevantes, designadamente o Conselho Europeu. Temos na Europa de hoje o Parlamento Europeu enquanto representante dos cidadãos, o Conselho Europeu e Conselho da União europeia enquanto representantes dos Estados membros, a Comissão Europeia enquanto representante dos interesses próprios da comunidade e ainda o Tribunal de Justiça da UE enquanto órgão jurisdicional. Contudo, estes órgãos revelam sempre o mesmo princípio: a representação dos Estados, da própria UE, dos cidadãos e o controlo da justiça.

Desta feita, podemos dizer que continuamos a ter um quadripartismo institucional formal, mas não material. O quadripartismo institucional mantém-se e não se mantém ao mesmo tempo: mantém-se porque os princípios que norteiam as instituições da UE são os mesmos, e não se mantém porque essas instituições passaram a ser cinco.

Não há qualquer outra organização internacional que conheça este quadripartismo. As estruturas institucionais das outras organizações são normalmente mais simples: não têm tribunais, têm uma assembleia geral e o centro de gravidade é órgão que representa as partes contratantes. Este quadripartismo mostra que a UE tem embrionariamente uma componente federal ou federativa, pelo facto de termos a representação direta dos cidadãos, dos Estados e a existência de um órgão com poderes jurisdicionais.

Qual é a engenharia institucional característica da CECA? Num primeiro momento, entre a década de 50 e de 70, o órgão parlamentar não tinha a importância que hoje tem o Parlamento Europeu como legislador e como ramo da autoridade orçamental. Durante muito tempo, esta assembleia era apenas uma derivação do facto de que os seis Estados fundadores serem de natureza parlamentar. Mas esta assembleia não era sequer eleita diretamente (só a partir de 1979) e era um órgão

consideravelmente irrelevante. A circunstância de o órgão parlamentar ter um papel tão reduzido leva a que alguns digam que a UE não tem origem verdadeiramente democrática.

Contudo, o que é fundamental perceber é que, se é verdade que na estrutura institucional da CECA, o órgão principalmente decisório era a Alta Autoridade, não é menos verdade que essa autonomia decisória estava muitas vezes limitada pelo sofisticado mecanismo do chamado **parecer favorável**.

Havia decisões que a Alta Autoridade podia tomar autonomamente, necessitavam de um parecer favorável por parte do Conselho para que fossem tomadas e executadas. Se se tratassem de decisões de gestão corrente do mercado comum, a Alta Autoridade tinha poderes próprios e as suas decisões eram vinculativas e exequíveis. Se, porém, as decisões contendiam com os interesses dos Estados já era necessário um parecer favorável do órgão que os representava.

Se fossem decisões que colidissem com os interesses dos Estados, mas não essenciais, o parecer do Conselho só precisava ser votado por **maioria qualificada**. Nestas decisões, era possível que Estados que votassem contra no Conselho, ficavam na mesma vinculados à decisão da Alta Autoridade, ou seja, Estados que se autocompreendiam como soberanos, podiam ver-se, no quadro da CECA, vinculados a decisões com as quais não concordavam.

Contudo, se a decisão envolvesse interesses ditos essenciais, então o parecer favorável do Conselho tinha de ser **votado por unanimidade**. Estas decisões só seriam tomadas pela Alta Autoridade se todos os Estados o permitissem, o que significava que todos os Estados tinham **poder de veto**. Este era o elemento intergovernamental e soberanista. Contudo os casos em que esta regra se aplica eram muito raros. Esta é uma característica típica das organizações intergovernamentais sem transferência de soberania por parte dos Estados e postula uma lógica intergovernamental.

Ainda nesta lógica, existiam alguns, poucos, casos graves em que se entendia que o poder decisório passaria temporariamente da Alta Autoridade para o Conselho, previstos pelo Tratado CECA (exemplo, graves crises de produção). E, portanto, gerou-se uma certa prática: “apesar de o Conselho de ministros ter um papel essencialmente consultivo, na prática as decisões foram tomadas em concertação da Alta Autoridade com o Conselho, sendo os projetos da Alta Autoridade discutidos na comissão de coordenação composta por representantes dos Estados Membros”. Desta forma se demonstra que a presença dos Estados Membros não se apagou assim tanto, no quadro da Alta Autoridade.

Se é verdade que o quadripartismo dava centralidade decisória na alta autoridade, também o é que na prática essa centralidade estava nos estados membros. O tratado CECA é um extraordinário mecanismo de engenharia institucional que dá prevalência à lógica federal, supranacional, mas a lógica soberanista e intergovernamental não desaparece completamente.

Podemos concluir que a organização europeia se fundava no equilíbrio entre o modelo supranacional e o modelo intergovernamental, sendo esta uma das características fundamentais na UE dos nossos dias. Juridicamente o Tratado CECA priorizava o modelo supranacional, mas a prática tornou o modelo intergovernamental mais relevante do que aquilo que era suposto.

Método comunitário II – Quadripartismo institucional atual

“Num regime abrangendo um conjunto da economia e não mais do que dois setores por mais importantes que fossem à data da criação da CECA, pareceu impossível conservar os traços mais supranacionais que caracterizavam segundo a vontade dos fundadores, tal como expressa na declaração Schumann e no tratado CECA, a primeira comunidade e o seu mecanismo decisório”. Autor belga

Será isto realidade? O que mudou do tratado do CECA para o CEE? A estrutura quadripartida a nível institucional não mudou. Também se manteve a ideia de que os competentes órgãos da comunidade podiam criar um direito com vocação para aplicar como se fosse direito interno e o princípio do primado, prevalecendo o direito da União sobre o direito nacional. A grande mudança foi a **centralidade decisória**.

De acordo com o tratado CEE, o órgão mais importante do ponto de vista decisório passou a ser o **Conselho da União Europeia** (constituído por ministros). Se a centralidade era do Conselho, que papel passou a ter a Comissão europeia (antiga alta autoridade do tratado CECA)? Passou a ser um secretariado do conselho de ministros? Não. O que existiu foi uma inversão na lógica decisória europeia:

- Na **CECA** – a competência decisória pertencia à Alta Autoridade que era condicionada pelo Conselho;
- Na **CEE** – a centralidade decisória passa para o Conselho de Ministros, que passa a estar condicionado pela agora chamada Comissão Europeia.

A razão por detrás desta mudança está no facto de o **Tratado CEE**, ao contrário do Tratado CECA, ser um **Tratado Constituição** que, tendo um objetivo vasto e ambicioso abrangendo o conjunto da economia, seria impossível detalhar todas as regras para esse efeito, pelo que **remete para órgãos legislativos** e não executivos. Isto é, a sua implementação, desenvolvimento e concretização estão a cargo de um órgão com competência política, administrativo e que está dotado de uma vasta discricionariedade, o Conselho de ministros.

Há a ideia de que o legislador pode escolher as formas de melhor concretizar as opções constitucionais feitas dos Tratados à semelhança do que acontece a nível interno. Assim sendo, e como já se disse, a Comissão Europeia, órgão representante da comunidade e dos interesses comuns, condicionaria aquele que foi formalmente investido de poder legislativo: **Conselho de ministros**.

Como acontece esse **papel condicionador**? Este condicionamento processava-se por meio do **monopólio da iniciativa legislativa** que a Comissão Europeia detinha. Entendia-se que a comissão, enquanto defensora do interesse comum, seria o órgão ideal para

apresentar as propostas legislativas. Sem proposta legislativa da Comissão Europeia, não podia o Conselho de Ministros legislar ou decidir.

Isto significava que na lógica original, a Comissão não tinha, ela própria, poderes decisórios? Não. A comissão tinha poderes decisórios, mas o seu grande papel estava na **iniciativa legislativa** e na **fiscalização dos Estados Membros**, no sentido de averiguar se estes ponham em prática as decisões do Conselho. Daí a ideia de Comissão Europeia como guardião dos Tratados, podendo abrir processos por incumprimento contra os Estados Membros. Este papel nasce com o Tratado CEE em 1957, mas ainda hoje se mantém.

Este é o método comunitário II, em que a principal mudança é a relação entre o órgão que representa os Estados Membros e o órgão que representa a comunidade. Antes, o segundo tinha o poder decisório e era condicionado pelo primeiro, depois com o Tratado CEE passou a ser ao contrário. É importante nunca esquecer que está lógica apenas é perceptível à luz da tese que contrapõe o Tratado CEE, tratado constituição, ao Tratado CECA, tratado lei.

A pergunta que colocava e a que os autores dos tratados pretendiam responder era: se agora o órgão que representa os Estados Membros passa a ser o órgão principalmente decisor, como deve decidir? Maioria qualificada ou unanimidade? A primeira segue a lógica da integração supranacional e a segunda para a lógica da cooperação intergovernamental em que qualquer membro tem o poder de veto, não podendo ser vinculado a uma decisão com que não concorde.

Os autores do Tratado de Roma tinham consciência de que esta era uma questão absolutamente fundamental e altamente delicada. Tendo em conta que os Estados Membros tinham diferentes pesos económicos e demográficos, foi estabelecida a **regra do voto ponderado** no Conselho. Isto significava que os Estados membros ditos grandes, como a França, Alemanha ou a Itália, tinha uma determinada ponderação, enquanto que os votos da Bélgica e da Holanda tinham outra, e o voto do Luxemburgo teria ainda uma ponderação diferente. Esta regra foi introduzida pelo próprio tratado, dizendo que os votos seriam afetados por uma certa ponderação: Bélgica e Holanda tinha 5 votos cada, Luxemburgo tinha 2 votos e a Alemanha, França e Itália disponham de 10 votos cada.

Para os Estados não era fácil abandonar a regra da unanimidade, sobretudo porque já não estávamos perante um quadro tão limitado como o da CECA. Chegou a ser criado um regime transitório segundo o qual os autores estabeleceram que durante 9 anos o Conselho deliberaria por unanimidade mediante proposta da Comissão e só passado esse período passava a vigorar a regra dos votos ponderados, sendo as decisões tomadas por maioria qualificada. Existiam, contudo, certos domínios em que, mesmo depois do período transitório, o Conselho continuaria a decidir por unanimidade, mantendo-se a lógica soberanista. Esta linha de ideias ainda persiste na UE hoje em dia. As coisas acabaram por não acontecer assim tão linearmente, mas essa questão ficará para outra altura.

Continuação da matéria relativa ao Processo de Construção Europeia

No final dos anos 50, primeira década da integração europeia, o balanço foi conturbado, com falhanços graves, mas ainda assim encontramos grandes processos:

- Três comunidades (CECA, CEE e EURATOM);
- Dois métodos comunitários (método I, característico do Tratado CECA, e método II, implementado pela CEE, que divergiam na fonte do poder decisório).

A nível da integração económica estavam lançadas as bases, restava aprofundar essas bases do mercado comum global e do mercado do carvão e do aço. Qual seria o passo seguinte?

É importante notar que no quadripartismo institucional dos anos 50, havia uma categoria de autoridades políticas estaduais que não tinha assento na estrutura comunitária europeia e cuja falta se começou a fazer sentir. Falamos dos **primeiros-ministros**. Não havia lugar para os chefes de Estado/Governo nesta estrutura institucional, ao contrário do que se passa agora que estão presentes no chamado **Conselho Europeu**. Pelo menos formalmente, até ao princípio da década de 70 nenhum órgão reunia os primeiros-ministros, o que se revelou uma enorme lacuna. Entretanto, na década de 60, dão-se duas circunstâncias que importam ter em conta:

- Uma grande **hostilidade da França**
- Grande sensação de que o desanuviamento que aparentemente se tinha feito sentir com o fim do terror estalinista estava a desaparecer porque, em agosto de 1961, surge uma efetiva **cortina de ferro**.

Esta fase foi marcada por uma Alemanha à procura do seu próprio caminho e uma França hostil contra os países do BENELUX, motivada pela chegada ao poder do General Charles de Gaulle que, devido às suas ideias altamente soberanistas, tornou-se um grande contestatário do método comunitário. É certo que ele não queria voltar ao *status quo ante* em que não existia aliança europeia, não queria ser ele o coveiro do projeto que se vinha a desenvolver entre os principais Estados europeus. Mas queria que o projeto europeu pendesse mais para a lógica clássica intergovernamental, que daria à França uma preponderância significativa enquanto orientadora dos destinos europeus, uma vez que a Alemanha e a Itália ainda estavam a recuperar da guerra.

Um pequeno à parte histórico: O General Charles de Gaulle foi uma figura preponderante na libertação da França no final da 2ª Guerra Mundial e implementou a lógica de que esta não tinha saído como derrotada do conflito, mas sim como verdadeira vencedora. Isto era claramente mentira, dado que França saiu da guerra tão derrotada como a Itália ou a Alemanha. O único Estado europeu que saiu da guerra na qualidade de vencedor foi o Reino Unido e ainda assim com graves prejuízos internos.

É por esta razão que tem a iniciativa de, em fevereiro de 1961, lançar as **Cimeiras dos Chefes de Estado Europeus**, que acabaram por ser o antecedente daquilo que hoje conhecemos como Conselho Europeu. Ele entendia que era necessário envolver mais diretamente os chefes de Estado na representação dos Estados membros, não bastava

que se fizessem representar exclusivamente pelos ministros das várias áreas, tal como acontecia com o Conselho de Ministros. Charles de Gaulle lança estas cimeiras sob uma presidência rotativa, em Paris.

A discussão que estava agora em cima da mesa era a de perceber qual o método a seguir para continuar o projeto de construção da UE. Uma opção era a via intergovernamental, com a criação de estados mais importantes e estados menos importantes, sem transferência de soberania, o que correspondia à posição da França. Na oposição estavam os países do BENELUX que preferiam a continuação do método comunitário, com transferências de soberania, por lhes conceder uma maior proteção contra os Estados maiores. A Alemanha e a França não se pronunciavam. Como já se disse, o General de Gaulle não queria ser o coveiro do que método que existia, optando pelo investimento no desenvolvimento da parte intergovernamental que enfraqueceria o método comunitário indiretamente.

Declaração de *Bad Godesberg*

É neste contexto que surge a declaração de *Bad Godesberg* que é uma declaração política que saiu da segunda Cimeira de Chefes de Estado e de Governo realizada em Paris a 18 de junho de 1961. A mensagem desta declaração é basicamente a da lógica do modelo intergovernamental.

A primeira pista de leitura é precisamente o contexto político que, entretanto, tinha ensombrado muito o método comunitário. A ideia era que os países se envolvessem num projeto de cooperação política de representação externa, em paralelo da integração económica, mas de acordo com a estrutura organizativa das organizações clássicas sem transferência de soberania, numa lógica diferente da proto federal.

É comum considerar-se que a Declaração de *Bad Godesberg* é o ato de nascimento da Europa política, dado que até á data apenas existia uma europa meramente económica. A declaração Schuman culminou no tratado institutivo da CECA, já esta última declaração política com valor jurídico tinha como grande objeto culminar num tratado institutivo sobre cooperação política entre os 6 Estados Membros. O que não foi assim tão simples.

Esta declaração distingue-se da Declaração *Schumann* pelos seus autores. Se na primeira tínhamos o ministro dos negócios estrangeiros francês que se dirigia aos restantes Estados Europeus, agora temos os Chefes de Estado e de Governo dos seis a dirigirem-se aos seus países e também aos restantes estados europeus, apelando inclusivamente à sua adesão. A declaração tinha uma linguagem bastante firme e dura produto do tempo da guerra fria.

Mediante a leitura do texto, vemos que há uma tentativa de aproximação aos Estados Unidos da América, quando se faz a contraposição entre os povos livre e os povos não livres (estes eram aqueles que se encontravam sob a égide da união soviética). Foi também aqui que se falou pela primeira vez em **União Europeia** e diz-se se faria por duas vias: a via da integração supranacional e também a via da cooperação

política capaz de fazer frente ao expansionismo soviético que ponha em causa a existência da Europa e de todo o mundo livre. Esta segunda é muito clara no segundo parágrafo onde se lê: “Europa unida com os EUA e todo o mundo livre contra os perigos que ameaçam a Europa (o expansionismo soviético) a prosseguir, simultaneamente, a obra já empreendida na Comunidade Europeia”.

A cooperação política deveria prosseguir a obra já edificada pelas comunidades europeias. Esta ideia é particularmente relevante, dado que traduz um certo compromisso em não abdicar da lógica supranacional instituída pelo Tratado CECA, que era agora posta em causa pelas derivações intergovernamentais da França.

O tratado que se pretendia com esta declaração era um tratado político de figurino mais clássico, sem as inovações das comunidades europeias CECA e CEE. Outro aspeto que se destaca é que a vontade de criar a união política já estava implícita nos Tratados de integração económica. Os autores sublinham que a integração económica do âmbito das comunidades tinha como pano de fundo uma vontade de chegar à união política.

Qual era o quadro institucional proposto pela declaração de *Bad Godesberg*? Esta declaração apontava para um quadro institucional muito distinto daquele que foi idealizado pela declaração *Schumann*. Aqui propõe-se um quadro institucional clássico: uma instância que reunia os chefes de Estado e de Governo e uma instância preparatória das reuniões dos primeiros, composta pelos ministros dos negócios estrangeiros.

Não havia qualquer menção relativa a uma Alta autoridade, a tribunais ou a qualquer órgão decisório central nesta estrutura institucional que pontificava a representação dos estados membros, com uma lógica perfeitamente intergovernamental nos termos do direito internacional clássico.

Neste texto é claramente demonstrada a vontade dos Estados membros de alargar a cooperação ao domínio da cultura, ensino e investigação, além dos domínios político e económico já patentes. Antes havia uma preocupação estritamente económica e é esta declaração que vem marcar um ponto de viram nesse sentido de alargar as competências da comunidade.

Finalmente, os Chefes de Estado e de Governo demonstram a convicção de que a organização segundo o modelo intergovernamental seria a mais adequada para a aplicação dos Tratados de Paris e de Roma. Esta convicção foi gerada devido ao surgimento de grandes bloqueios decisórios que nenhum dos métodos comunitários conseguia resolver.

A esta declaração seguiram-se tempos conturbados marcados pelo muro de Berlim e pela cortina de ferro. A 18 de janeiro de 1962, a França apresenta um projeto daquilo que viria a ser o tratado de cooperação política europeia, o chamado **Plano Fouchet II**, dado que a declaração de *Bad Godesberg* era o Plano *Fouchet I*.

O objetivo deste plano era unificar a política dos Estados membros em matérias de interesse comum, mas foi rejeitado pelos países do BENELUX, à semelhança do que

a França tinha feito nos anos 50 quando foram estes a apresentar uma proposta de tratado de cooperação política. Assim sendo, e devido à desconfiança dos BENELUX, esta declaração não se salvou e não resultou num tratado, ao contrário da declaração *Schumann*. Porém, a cooperação política entre os Estados membros continuou sem uma base formal, tendo-se fortalecido quando o General de Gaulle saiu de cena.

Política da Cadeira Vazia e o Compromisso do Luxemburgo

Como vimos, com o início da década de 70 começou a surgir a ideia de prosseguir a construção europeia de acordo com um modelo mais clássico, isto é, por acordos intergovernamentais. Esta fase foi liderada pela França Gaullista e começou muito mal porque, como já foi também dito, a Declaração de *Bad Godesberg* não resultou em nenhum tratado.

A crise da cadeira vazia foi um protesto do General Charles de Gaulle contra a possibilidade de as votações passarem a ser feitas por maioria qualificada, característica do método supranacional. Houve na altura um grande choque entre o presidente da Comissão Europeia, o alemão Walter Hallstein, e o líder francês, Charles de Gaulle, porque o primeiro queria passar várias propostas por maioria qualificada enquanto que o segundo apenas aceitava a regra na unanimidade.

Por não terem conseguido ultrapassar o desacordo, o general de Gaulle instruiu os seus ministros para que não comparecessem nas reuniões onde seriam votadas as propostas em causa. A França, através dos seus ministros, deixou de marcar presença nas reuniões do Conselho. Não é concebível que o Conselho prosseguisse sem a presença de um Estado membro, sobretudo quando estamos a falar da França que tinha uma enorme relevância.

Durante o segundo semestre de 1965 não houve qualquer decisão do Conselho, o que foi um problema que pôs em causa a continuidade da CEE e das outras organizações já formadas por meio da aliança entre os Estados europeus. A solução encontrada para este grave problema foi um ato totalmente atípico, que dá pelo nome de **Compromisso do Luxemburgo**, na sequência do qual a França voltou a participar nas reuniões, mas nada voltou a ser o mesmo, nem tão pouco ficou como era suposto ficar.

O Compromisso do Luxemburgo é um texto muito curto e consta de um extrato da ata da reunião extraordinária do Conselho realizada em janeiro de 1966. O primeiro efeito deste compromisso é o reconhecimento de que existiam certas decisões suscetíveis de serem tomadas por maioria qualificada, o que era incontornável por estar nos tratados. Estas matérias não eram poucas e neste ponto importa referir a Política Agrícola Comum (PAC) como exemplo.

O elemento introduzido por este compromisso, e isto sim foi uma novidade, foi a possibilidade de, a propósito de certas propostas da Comissão Europeia, um Estado membro invocar “**assuntos de grande importância**”. Esta expressão passa uma grande margem de discricionariedade e depende claramente do peso político do Estado que a invocasse. Assim sendo, perante a invocação de tais interesses fundamentais, os

ministros teriam de, num prazo razoável, arranjar uma solução exequível para todos os Estados membros que protegesse os interesses comuns da comunidade.

A ideia era que, numa situação em que já houvesse maioria qualificada exigida para que a proposta fosse aprovada, mas alguém invocada estes “assuntos de grande importância”, a proposta não podia ser adotada e a discussão prosseguiria até ser encontrado um consenso, um acordo unânime.

Mas se não se conseguisse alcançar um consenso? Nestes casos era aplicada a regra comum da maioria qualificada que, apesar de tudo não era uma solução pacífica entre os Estados membros. A delegação francesa defendia a unanimidade enquanto solução e, apesar de termos uma aparente solução, as seis declarações dos Estados membros registam uma divergência sobre o que fazer se não se conseguisse atingir a unanimidade. Tal divergência não impede que se retome os trabalhos normais da comunidade.

Isto gerou no seio do Conselho de Ministros uma prática de todas as propostas serem decididas por unanimidade. Isto significa que nas duas décadas subsequentes e praticamente até à chegada do Ato Único Europeu, prevaleceu a visão francesa soberanista. A verdade é que foi a França que encabeçou esta linha de pensamos, mas parece que para os outros Estados presentes no Conselho, enquanto entes soberanos, esta solução não foi tão estranha quanto isso e até os países do BENELUX, que se opõem à França e defendiam o modelo federalista, acabaram por aceitar.

Na lógica originária do Tratado, o Conselho era quem formalmente adotava os atos legislativos, mas estava sempre limitado pela proposta da Comissão e tinha de consultar obrigatoriamente o Parlamento Europeu. Esta prática que se formou após o Compromisso do Luxemburgo acabou por ter ampliadas consequências, sendo que as decisões passaram a ser muito mais difíceis de adotar, o que levou a uma paralisação do aparelho legislativo comunitário. Foi nesta altura que a componente judicial acabou por assumir uma maior preponderância, no sentido de suprir a paralisia legislativa.

O poder judicial da CE, e incluímos aqui os tribunais estaduais, acabou por ser um dos protagonistas perante um poder legislativo asfixiado pela regra da unanimidade. Perante um legislador fraco e paralisado com a regra da unanimidade e uma vez que a CEE não incluía só políticos e diplomáticos, mas também particulares, tribunais e ministérios públicos, dá-se esta judicialização da comunidade europeia. Um dos acórdãos que comprova a importância do poder judicial no seio da comunidade é o acórdão Cassis de Dijon de 20 de fevereiro de 1979, que será analisado mais à frente.

Resta acrescentar sobre o Compromisso de Luxemburgo que este foi, num primeiro momento, uma imposição da França, mas não causou desconforto nos outros países e não é a relíquia que se pensa, no sentido de não ter desaparecido por completo nos nossos dias. Está na base de uma das regras que foi introduzida numa das revisões do tratado, no sentido da substituição do método da maioria qualificada pela unanimidade de forma a condicionar as decisões sobre os temas mais sensíveis. Deste modo, este compromisso não desapareceu completamente, aparecendo vertido em

diversas disposições do tratado, onde se destaca a possibilidade de os Estados exigirem a subida à comissão de certas decisões para que sejam votadas por unanimidade.

Exemplos de normas de inspiração do Compromisso de Luxemburgo são os **artigos 82 nº3 e artigo 85º TFUE**. Relativamente ao primeiro, este artigo atribui à UE uma série de competências em matéria penal e criminal. Lê-se no **nº3** que quando um membro considerar que a diretiva prejudica aspetos fundamentais do seu sistema de justiça penal (“interesses muito importantes”) pode solicitar que este projeto seja submetido ao Conselho Europeu, ficando o processo legislativo ordinário suspenso.

Cooperação política entre os Estados membros e o Conselho Europeu

Como temos vindo a analisar, a cooperação económica era feita pelo método da integração nas comunidades, de acordo com os Tratados. Depois de um mau começo no que toca à parte da cooperação política muito por causa da recusa dos estados do BENELUX sobre as propostas da França, há em 1969 a Cimeira de Haia. Esta cimeira vem confirmar que os Chefes de Estado e de Governo, fruto da sua legitimidade própria interna, eram indispensáveis no processo de construção europeia.

Só na Cimeira de Paris, em outubro de 1972, é que se começa a pensar na institucionalização dessas cimeiras que vem a acontecer na Cimeira de Paris de outubro de 1974. Isto mostra que nesta época já era claro que a construção europeia não se fazia só no âmbito da cooperação económica, mas também a nível político. A única instância ou órgão que se entendia que podia funcionar para os dois contextos era a dos chefes de Estado, passando a chamar-se **Conselho Europeu**.

O Conselho Europeu passou a reunir-se periodicamente, **três vezes ao ano**, e ainda sempre que fosse necessário, como **conselho da comunidade e a título de cooperação política**. Esta é uma instituição diferente porque não tem acento em qualquer tratado, mas dá impulsos fundamentais quer para a integração supranacional das comunidades europeias, quer para a cooperação política europeia, o que demonstra a informalidade do direito internacional público.

Do ponto de vista jurídico, o Conselho Europeu, ao contrário do que foi dito na cimeira de 74, não pode, em rigor, reunir-se como conselho da comunidade. Isto porque em nenhum dos tratados das comunidades se prevê tal instância, não podendo esta declaração política ter um efeito revisor sobre um tratado rígido. Os tratados juridicamente investidos só podem ser revistos por um diploma da mesma natureza seguindo um procedimento próprio de revisão.

Embora fosse indiferente do ponto de vista político, uma declaração política não podia ter como efeito jurídico criar uma instância nova. Apesar destas vicissitudes, através da declaração política da cimeira de 74, o Conselho Europeu tornou-se uma instituição fundamental da União Europeia.

Declaração Solene sobre a União Europeia e o Ato Único Europeu

Como já estudamos, a construção europeia teve sempre adeptos de duas estratégias: aqueles que achavam que se devia seguir o método clássico

intergovernamental com a criação de uma organização internacional e aqueles que achavam que a via tinha de ser federalizante, supranacional, apostada na criação das comunidades europeias, com o método comunitário ou supranacional.

Dentro deste segundo, havia quem achasse que o método comunitário era bom para determinados domínios ou áreas de integração como a defesa, a segurança ou a política externa, mas outros discordavam porque apenas consideravam este modelo acertado para as áreas económicas e que as outras matérias como a política externa ou a segurança pública deviam seguir uma concertação clássica intergovernamental. Esta última foi a visão traduzida na Declaração de *Bad Godesberg*.

Até ao Ato Único Europeu, estes dois modelos ou estratégias eram vistos como concorrentes, opostos. Aqui é que, pela primeira vez, se considera que talvez seja possível a sua coexistência ou mesmo complementaridade, ficando as comunidades ao abrigo de um método e a cooperação em matéria política externa ao abrigo do outro.

É claro que a ideia de vir a ter bases mais sólidas do que as meramente informais em matéria de cooperação política externa nunca saiu do horizonte dos Estados. Em 1983, com a **Declaração Solene sobre a União Europeia** em Estugarda, veio assumir-se que a UE incluía por um lado as comunidades e por outro a cooperação em matéria política externa.

A ideia crucial desta declaração foi a de que as comunidades já criadas eram o núcleo da UE e tudo o resto, apesar de importante, não era considerado nuclear. A Declaração Solene é uma declaração política do Conselho Europeu e como tal, era necessário dar expressão jurídica àquelas ideias que eram, à data, meramente políticas.

Esta declaração veio dar corpo à necessidade de se rever os tratados das comunidades europeias, particularmente o Tratado CEE. Nesse sentido havia duas opiniões sobre qual deveria ser o rumo a seguir:

- ➔ Aqueles que queriam ampliar o âmbito dos tratados, alargando a CEE além das matérias estritamente relacionadas com o setor económico, dedicando uma parte à matéria da política externa que, eventualmente, evoluiria para a segurança.
- ➔ Aqueles que defendiam um alargamento do âmbito da CEE para a coesão económica e social, mas não para uma cooperação em matéria de política externa que, sendo uma matéria muito especial por ter uma ligação muito próxima à soberania dos Estados membros, precisaria de um tratamento específico traduzido num novo tratado na linha intergovernamental.

Na sequência do impulso dado pela Declaração Solene sobre a UE formaram-se, então, estas duas ideias e a solução de compromisso foi o **Ato Único Europeu** que podemos dizer que é uma espécie de dois em um:

- É, por um lado, um tratado de revisão das comunidades económicas europeias já existentes, em particular da CEE no sentido de um alargamento do seu âmbito material para além das matérias económicas;
- E, por outro, mas sob o mesmo chapéu, é um verdadeiro tratado de cooperação em matéria de política externa e segurança para os Estados membros.

O Ato Único Europeu (QUE) faz a ligação entre estes dois tratados, por assim dizer, através de três disposições muito pedagógicas. Uma é a que nos diz que **as comunidades e a cooperação política têm por objetivo agir em conjunto para fazer progredir a União Europeia**. O conceito de UE passa de conceito político e passa a ser um conceito normativo.

Temos também um reforço material e institucional das comunidades através da **generalização da regra da maioria qualificada no Conselho** e um maior peso do Parlamento Europeu, podendo falar-se em **parlamentarização do sistema político da UE**. No sentido original, o Parlamento tinha um papel muito reduzido que foi reforçado em 1979 quando se instituiu a sua **eleição direta**.

Em matéria de política externa, há a dizer que o quadro institucional e normativo é completamente diferente do das comunidades europeias, uma vez que é, desde logo, muito mais simples:

- órgão principal, conferência dos ministros dos negócios estrangeiros dos Estados membros que reuniam quatro vezes por ano;
- secretariado;
- grupos de trabalho abaixo da instância que congregava os ministros;

Fora esta estrutura, havia ainda algum envolvimento da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu, embora muito atípico. Dizia-se que a Comissão era plenamente associada, mas despedida das suas prerrogativas fundamentais que a caracterizavam no âmbito das comunidades europeias, como o monopólio da iniciativa.

De maneira alguma esta cooperação em matéria política se traduziria na adoção de atos jurídicos suscetíveis de se projetarem na esfera dos particulares. Daqui surgiriam essencialmente **declarações políticas** que poderia ou não ser transformadas em direito interno pelos Estados membros. Isto pelo facto de não serem órgãos com grande ligação aos cidadãos, estando aqui mais uma vez patente a ideia clássica de que os tratados apenas vinculam os Estados.

O grande núcleo das comunidades reforçadas materialmente e a cooperação política externa era o Conselho Europeu que, com o AUE, encontra **base normativa num tratado**, ganhando o estatuto jurídico que lhe faltava.

Contudo o QUE tem uma falha grave porque, apesar de enunciar a sua composição e a regularidade das reuniões, **não identifica quais são as competências do Conselho Europeu**. Temos hoje uma definição muito clara no Tratado da UE, mas não tínhamos no AUE uma referência acerca do papel do Conselho dizendo justamente que

lhe competia dar coerência e diretrizes á construção da UE. Contudo, a leitura contextualizado do AUE remeteria para a declaração solene que explicava muito bem este órgão, ficando a faltar mesmo só a formalização.

O AUE, além de **criar juridicamente a União Europeia**, vem **combinar dois métodos que até à data seguiam em paralelo**: a integração económica e a cooperação em matéria política externa.

O Ato Único vem ainda especificar que as comunidades europeias se baseiam nos tratados que lhes deram origem (CEE, CECA e EURATOM), bem como nos tratados e atos subsequentes que os alteraram e consolidaram. O AUE revela-se um reforço material e institucional da UE e ainda a criação de uma sede jurídica para a cooperação em matéria de política externa, pelo que podemos concluir que é um ato de revisão, mas também de criação.

Tratado de Maastricht

Seguiu-se o **Tratado de Maastricht**, que alguns erradamente afirmam ter criado a União Europeia. Foi o AUE que criou a UE, como acabamos de ver. O que aconteceu até ao Tratado de Lisboa explica-se mediante duas disposições que constavam da anterior versão do **Tratado da União Europeia**, nome pelo qual é conhecido agora o Tratado de Maastricht.

Este é um tratado de revisão dos tratados das comunidades europeias, tal como o AUE tinha sido, e vem alterar sensivelmente as mesmas vertentes: a **parlamentarização** e o **alargamento material**. O seu conteúdo revisivo foi integrado nos tratados que altera, tal como uma lei de revisão constitucional integra o próprio texto constitucional.

Revê sobretudo o Tratado CEE no que toca à sua estrutura institucional e material, chegando ao ponto de lhe rebatizar: **Tratado da Comunidade Europeia** em vez de Tratado da Comunidade Económica Europeia. A palavra “económica” cai justamente para marcar o facto de a integração já extravasar largamente o domínio económico. Para os autores, a vastidão de competências abrangidas pela comunidade torna enganoso manter aquele nome.

Além do seu papel revisor, o Tratado de Maastricht substitui o tratado criado pelo Ato Único Europeu sobre a cooperação em matéria de política externa. Nesse sentido, para além de rever os tratados das comunidades, vem alargar a competência da UE para além do âmbito comunitário. É neste contexto que surge a “infeliz e arquitetónica” metáfora dos três pilares da União Europeia: **comunidades, PESC (Política Externa e de Segurança Comum) e JAI (Justiça e Assunto Internos)**.

O primeiro pilar, as comunidades, é o núcleo que prossegue pela via comunitária ou supranacional. Os outros dois são domínios de competências para serem exercidas fora do Tratado da CE, segundo o método intergovernamental pela sua proximidade à soberania dos Estados. Assim sendo, podemos dizer que a **União se funda nas comunidades completadas pela PESC e pela JAI**.

A explicar esta nova configuração da União Europeia, há uma disposição do artigo 1º segundo parágrafo do Tratado da CE, versão de Maastricht onde se lê: “a união funda-se nas comunidades europeias completadas pelas políticas e reformas de cooperação instituídas pelo presente tratado”. Fala-se se “completadas” porque estas políticas não são nucleares, mas complementares.

Outra grande novidade que Maastricht vem introduzir é que a **União dispõe de um quadro institucional único**, tal como se lê no **artigo 3º TUE** no seu primeiro parágrafo. Esta é uma diferença muito importante em relação ao AUE que mantinha um quadro institucional muito próximo das comunidades europeias e acrescentou um quadro tipicamente intergovernamental com outras instâncias para a cooperação europeia em matéria de política externa.

Estas duas disposições, **artigo 1º TUE** segundo parágrafo e **artigo 3º TUE**, criam o quadro institucional único, no sentido em que se o núcleo é a comunidade europeia, então o quadro institucional é o da comunidade europeia, acrescentando a este, numa outra disposição, o Conselho Europeu. Essa disposição é o **artigo 4º TUE** que nos diz que o Conselho Europeu dará à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e será o responsável por apontar as respetivas orientações políticas. O **artigo 5º TUE**, por sua vez relativo às outras instituições, refere o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia, o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas e o Conselho dizendo que exercerão as suas funções consoante as estratégias definidas. Embora esta disposição inclua o Tribunal de Contas, este não pode ser verdadeiramente considerado um órgão de soberania.

Importa agora perceber como é que vai funcionar este quadro institucional, tendo em conta que há competências a ser exercidas a nível comunitário e outras a nível externo. Esta é, de facto, a questão central, ou seja, o quadro institucional é único, mas tem de funcionar de uma maneira para as comunidades e de outra para a PESC e a JAI.

Em **moldes comunitários**, o quadro funciona numa base de **equilíbrio institucional e separação de poderes**. Todos os órgãos são importantes e relacionam-se uns com os outros numa lógica de *check and balances*. No primeiro dito pilar das **comunidades**, este quadro funciona tipicamente de acordo com a lógica de que cada um dos órgãos tem as suas competências de participação e controlo, não se atribuindo o protagonismo a nenhum deles: o Conselho dá impulsos, mas não pode legislar; a Comissão tem o monopólio da iniciativa legislativa; o Parlamento e o Conselho são simultaneamente os órgãos legislativos e orçamentais; o TJ é o órgão de controlo da constitucionalidade desses atos. Esta lógica de equilíbrio e paridade entre órgãos é característica do método comunitário.

Em que é que o funcionamento do quadro institucional único segundo Maastricht se distingue quando estamos no âmbito do segundo e terceiro pilar? As competências da **PESC** e da **JAI** são exercidas em **moldes intergovernamentais**, sob o controlo e com o protagonismo dos órgãos que representam os Estados membros, nomeadamente o Conselho Europeu e o Conselho da União Europeia. A maior prova deste modelo de organização é o facto de estes órgãos decidirem por **unanimidade**, ao

contrário do Parlamento Europeu, Comissão Europeia e Tribunal de Justiça, que decidem por maioria qualificada no exercício das suas competências comunitárias. Os órgãos neste segundo modelo não podem ter o mesmo papel que têm quando se trata de competências em moldes comunitários, sendo que os últimos três órgãos referidos perdem relevância quando falamos da PESC e da JAI.

Daqui se conclui que o quadro institucional, apesar de único, funciona simultaneamente de duas formas diferentes:

- **Comunidade** – método comunitário ou de integração supranacional; igualdade entre os órgãos, sendo que nenhum assume o protagonismo de forma isolada; princípio da separação de poderes e equilíbrio por *checks and balances*; decisão por maioria qualificada.

- **PESC + JAI** – método intergovernamental; decisão por unanimidade; Conselho Europeu e Conselho da União Europeia assumem um papel de destaque por serem os órgãos representantes dos Estados membros; papel diminuto do Parlamento, Comissão e Tribunal de Justiça.

Partindo agora para a análise do **sistema de fontes de direito** do método comunitário. Este sistema é caracterizado pelo **princípio do efeito direito** e pelo **princípio do primado**.

No artigo 34º (extinto com Lisboa), dizia-se, em relação ao JAI, que o conselho podia deliberar por unanimidade, por iniciativa de qualquer estado membro ou da comissão. A comissão surgia, assim, como uma mera concorrente dos Estados membros na iniciativa. Isto significava que os particulares podiam invocar as decisões-quadro do JAI perante administrações públicas ou tribunais e que os tribunais podiam decidir litígios aplicando diretamente essa disposição, afastando eventualmente disposições nacionais.

Na União Europeia pré Lisboa, o quadro institucional único funcionava em moldes diferentes consoante estivéssemos no âmbito das comunidades, da PESC ou da JAI. Se bem que a grande diferença era entre a primeira e as outras duas. Apenas no que toca às comunidades, dentro da lógica supranacional, é que vigoram os princípios do primado e efeito direto que se traduziriam materialmente, na possibilidade de os particulares invocarem as decisões e os tribunais decidirem litígios com fundamento no direito comunitário. Na outra lógica não há uma projeção imediata na esfera dos particulares.

Tratado de Lisboa

O quadro institucional é o mesmo. A mudança explica-se com uma frase: **“A União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia”**. Existe aqui uma grande diferença: antes de Lisboa dizia-se que “a união se funda nas comunidades e era completada pelas políticas de cooperação (...)” e agora, no pós Lisboa, diz-se que a “União se substitui e sucede à Comunidade Europeia”.

Isto significa que **já não existe a separação entre a Comunidade e as outras políticas de cooperação** (PESC e JAI). Agora **só existe a União Europeia**. Importa neste ponto perceber qual e a relação com o método comunitário.

É certo que a Comunidade Europeia desapareceu, mas o método comunitário não desapareceu, muito pelo contrário, generalizou-se à União Europeia. Há quem diga que Lisboa “despilarizou” a União Europeia. Porém, com uma pequena exceção: o método comunitário não chegou completamente à PESC por ser o domínio mais próximo da soberania estadual.

Imaginemos a UE no pré Lisboa como uma célula, cujo núcleo eram as comunidades e em torno desse núcleo orbitavam a PESC e a JAI. Agora temos apenas uma pequena parte que não está inserida nesse núcleo, isto porque os autores do Tratado de Lisboa continuavam a acreditar que esta era uma área intrinsecamente ligada à soberania dos Estados e que deveria ser desenvolvida sob o seu controlo.

Em relação à PESC o que acontece é um pouco do que acontecia no período antes do Tratado de Lisboa, em que os órgãos de representação dos Estados assumem um papel de destaque em detrimento dos restantes.

O Tratado de Lisboa é apenas um tratado de revisão, porque revê o Tratado da União Europeia e rebatiza o Tratado CE, que se passa a chamar **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)**. Este novo nome faz sentido pelo desaparecimento da Comunidade Europeia que foi substituída e sucedida da União Europeia.

Muito rapidamente e para recordar: O Tratado de Roma é o Tratado CEE, revisto pelo Tratado de Maastricht em 1992, passando a chamar-se Tratado CE nessa altura e depois TFUE a partir de 2007 com a assinatura do Tratado de Lisboa. Apesar de tudo isto, continua a ser sempre o Tratado de Roma. O TUE, por sua vez, foi assinado em Maastricht em 1992 e depois foi sucessivamente revisto pelos Tratados de Amesterdão, Nice e, por fim, pelo Tratado de Lisboa. Apensar de tudo, continua a ser conhecido como o Tratado de Maastricht ou TUE.

O **artigo 24º TUE** trata da PESC que, sendo o único domínio de competência não exercido em moldes comunitário não está elencado do TFUE, ao contrário de todas as outras matérias que integram a competência da UE. A especificidade das disposições relativas à política externa e segurança comum está no modo como esta política é desenvolvida e implementada.

Diz-nos o **nº1** que a PESC está sujeita a **regras e procedimentos específicos**, sendo que esta especificidade se deve à sua colocação do TUE e não no TFUE e, sobretudo, ao seu afastamento em relação ao método comunitário, tal como já vimos. Acrescenta ainda que a política é **definida pelos conselhos de acordo com o método da unanimidade**, sendo estes os órgãos protagonistas. Apesar de tudo, nota-se aqui uma certa pressão do método comunitário, ao dizer-se que o método de unanimidade é o adotado, salvo disposição contrária nos tratados. Assim sendo, no **método comunitário a unanimidade é a exceção**, enquanto que no âmbito da **PESC, é a regra**.

Lê-se ainda que “fica excluída a adoção de atos legislativos”, o que afasta os princípios do efeito direto e do primado, uma vez que não são aplicados na esfera jurídica dos particulares. Isto porque a adoção dos atos legislativos com eficácia direta é uma especificidade do método comunitário, enquanto que na PESC temos a lógica de direito internacional clássico em que as obrigações internacionais apenas vinculam os Estados.

Sabemos que o método comunitário é, por definição, descentralizado. Já em matéria das políticas da UE, quem normalmente as executa são os Estados membros. Aqui a novidade ainda no **artigo 24º TUE** não está numa descentralização, mas numa nova entidade que é chamada a executar as políticas a nível central da UE juntamente com os Estados membros: o **Alto Representante da União para os negócios estrangeiros e para a PESC**. Aproximando um pouco do âmbito comunitário em que a política seria executada pelos Estados membros e pela Comissão Europeia, a nível central.

Já vimos também que os papéis específicos do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia não são os mesmos que existem no método comunitário. A frase seguinte da disposição é sobre o Tribunal de Justiça e diz-nos que tem um papel muito reduzido e atípico comparativamente às funções que desempenha a nível comunitário.

Nota: ler “A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa” do Professor Nuno Piçarra sobre o significado e a interpretação da frase “A União substitui-se e sucede à CE”

ANÁLISE DO ACÓRDÃO “CASSIS DE DIJON”

Aspetos técnicos

Do ponto de vista processual, este acórdão foi proferido pelo Tribunal da Justiça a pedido de um tribunal alemão que se viu confrontado com um litígio que envolvia a aplicação do direito da União Europeia, então direito comunitário em 1972. O processo judicial do TJ, que estudaremos mais adiante, permite aos tribunais dos Estados membros esclarecer junto do TJ as suas dúvidas quanto à interpretação e alcance dos tratados e de todo o direito da União Europeia.

O **artigo 267º TFUE** testemunha que devem ser os juízes nacionais, nas suas mais diversas modalidades, os principais aplicadores do direito da UE, dado que se pretende que este seja aplicado, em geral, de uma forma descentralizada.

Ora, com tanto tribunal a aplicar o direito da UE é perfeitamente normal que se coloquem questões de uniformidade na sua interpretação e aplicação. Justamente para garantir uma aplicação o mais uniforme possível, surge o papel do TJ a pedido dos tribunais nacionais no âmbito de um processo. É este o espírito do **artigo 267º TFUE**.

A maior parte dos acórdãos que o TJ profere anualmente são no âmbito do reenvio judicial, são os chamados **acórdão prejudiciais**. Estes são os acórdãos em que o

tribunal responde às questões de interpretação e validade **colocadas pelos tribunais nacionais dos Estados**, precisamente **antes de resolverem a questão**, daí que seja um processo prejudicial (pré-judicial).

Num acórdão prejudicial, o TJ normalmente faz duas coisas: **reproduz a questão que ocupou o tribunal nacional**, neste caso no **ponto 5**. A questão posta ao TJ condiciona o próprio acórdão, na medida em que são elas que marcam o sentido que o TJ deve seguir ao proferir a sua decisão. Isto não significa que as siga de forma cega, até porque normalmente apenas reproduz a questão prejudicial e descarta as outras por não serem pertinentes para o caso. A seguir à questão ou questões, o TJ **diz como entende a questão prejudicial em causa**, o que está presente no **ponto 6**.

Normalmente os acórdãos do TJ **são precedidos de conclusões do advogado geral**, que é um membro do próprio TJ. Existem atualmente 11 advogados gerais. Nos termos do **artigo 252º TFUE**, O TJ é auxiliado por 8 advogados gerais, podendo este número ser ampliado a pedido do TJ ao Conselho. Cabe a este apresentar conclusões fundamentadas acerca dos casos que cheguem à jurisdição do TJ.

Hoje em dia, não é obrigatório que o acordo seja precedido por estas conclusões, sobretudo no que toca a casos que são resolvidos com base na jurisprudência ou que não revestem especial complexidade. Apenas é exigida esta parte do advogado geral nos casos de maior importância, mas à data do *Cassis de Dijon* a regra ainda não era essa.

O TJ não está vinculado às conclusões do advogado geral e elas não constituem jurisprudência. Porém, há vezes em que o TJ segue, total ou parcialmente, essa fundamentação. Para analisarmos bem os acórdãos que vamos estudar é aconselhável a leitura das conclusões do respetivo advogado geral.

Análise do acórdão

Neste acórdão, o tribunal nacional alemão tem dúvidas sobre a interpretação a dar ao **artigo 34º TFUE** e pediu ao juiz que aplicasse este artigo ao invés de uma disposição nacional que uma das partes envolvidas considerava ser contrária ao direito da UE. É importante não esquecer que os princípios do efeito direito e do primado já estavam consolidados pela jurisprudência nesta fase. Já não se trata de saber se o juiz pode ou não aplicar aquela disposição para resolver o caso concreto. Nesta fase já se dá por adquirido que o direito da UE é aplicado em vez da disposição nacional contrária. Não era isto que se discutia.

O juiz nacional pergunta ao TJ se aquela proibição prevista na lei alemã à comercialização do *Cassis de Dijon* era ou não legítima face ao **artigo 34º TFUE**. A disposição nacional previa que, na Alemanha, para uma bebida ser comercializada como licor, tinha de ter um determinado teor alcoólico mínimo. O problema aqui é que aquela bebida *Cassis de Dijon* produzida em França, era rejeitada por não atingir esse mínimo.

A empresa alemã que estava a importar o dito licor francês, a *Rewe*, argumenta que o **artigo 34º** lhe concede o direito de importar e comercializar o licor na Alemanha, pelo facto de este ser produzido legalmente por outro Estado membro.

As autoridades na Alemanha, por sua vez, não concordavam. É claro que, à primeira vista, esta imposição alemã era uma restrição à liberdade de circulação de mercadorias e ao direito de importação que a empresa *Rewe* considerava que tinha.

Surge então o litígio entre a *Rewe*, empresa alemã, e uma entidade da administração federal alemã e, portanto, era um litígio de direito administrativo que, naturalmente, chegou a um tribunal administrativo alemão. O juiz vê-se confrontado com duas disposições que, *a priori*, eram aplicáveis ao caso concreto: o **artigo 34º TFUE** e a lei alemã que imponha o tal mínimo de teor alcoólico. Para resolver este conflito entre duas normas, o juiz recorre ao processo do **artigo 267º TFUE**, relativamente aos já referidos acórdãos prejudiciais.

Nos anos 70, há uma paralisação do legislador porque o Conselho estava amarrado à regra da unanimidade, devido ao já estudado Compromisso do Luxemburgo. Esta questão vem referida no **ponto 8** do acórdão, a propósito de uma proposta de regulamento apresentada pela Comissão sobre a produção e comercialização do álcool que não andava nem desandava, estava num impasse porque o Conselho não conseguia reunir a unanimidade necessária para aprovar a legislação que ainda não existia a nível europeu.

Esta proposta tinha em vista um mercado comum do álcool para que este tipo de disparidades entre as leis dos Estados membros relativos a esta matéria deixassem de existir. No entanto, colocava-se a questão acerca da real necessidade de uma regulamentação comum para o mercado do álcool. Uma parte dos Estados membros considerava que os produtos em geral tinham de ser objeto de uma regulamentação comunitária comum, passo necessário para que se construísse um verdadeiro mercado comum. A outra parte dos Estados discordava dessa necessidade, acreditando que bastava conceber a ideia do **reconhecimento mútuo**.

A lógica base deste princípio é a de que, **a partir do momento em que um produto é produzido num determinado Estado membro, os restantes têm de o reconhecer e deixar circular livremente**. Esta segunda hipótese era mais viável e mais simples do que tentar harmonizar e regulamentar todos os produtos.

Assim, cada Estado poderia manter as suas especificidades para os produtos nacionais e ainda assim estes seriam reconhecidos pelos restantes. (Exemplo – se o *Cassis De Dijon* era legalmente produzido e comercializado na França, porque não o deveria ser também na Alemanha, mesmo que esta tivesse outra legislação acerca na sua produção e comercialização de licores?). O reconhecimento mútuo das mais diversas legislações sobre o álcool dos vários Estados membros era uma solução muito mais simples do que uma avalanche comunitária de regulamentação exaustiva sobre todos os produtos.

O grande objetivo da Comissão era, de facto, criar uma regulamentação comum, mas o Conselho legislador eles não se entendiam para uniformizar a nível da comunidade económica a legislação sobre a produção e comercialização dos licores. Na sequência do Compromisso do Luxemburgo, criou-se neste órgão a prática das decisões por unanimidade, ainda que o tratado previsse a maioria qualificada, o que congelou a regulamentação comum do álcool. Esta prática só veio a ser quebrada aquando da entrada em vigor do Ato Único Europeu.

O TJ vem dizer que, face à inexistência de uma regulamentação comum da produção e comercialização do álcool, **devem os Estados membros manter a sua competência para controlar e regular estes assuntos no seio dos seus estados (ponto 8)**. Porém, a enorme disparidade entre as legislações dos Estados membros no que toca a esta matéria constituía-se como um sério entrave à liberdade de circulação de mercadorias, um dos princípios fundamentais do mercado comum.

O que o TJ refere na segunda parte do **ponto 8** vai no sentido de uma grande complacência em relação às restrições quantitativas à importação, decorrentes das disparidades legislativas existentes. Isto significa que estas restrições à livre circulação de mercadorias ou medidas equivalentes, apesar de expressamente proibidas pelo **artigo 34 TFUE**, seriam toleradas quando estivessem em causa “exigências imperativas atinentes, designadamente, à eficácia dos controlos fiscais, à proteção da saúde pública, à lealdade das transações comerciais e à defesa dos consumidores.” Daqui resulta que há razões tidas em conta nas legislações dos vários estados membros que podem justificar obstáculos à circulação intracomunitária de mercadorias.

Como é que o particular, empresa *Rewe*, vem invocar uma disposição cujos destinatários aos estados membros uma vez que constava de um tratado? Esta questão já tinha sido suscitada no acórdão *Van Gend & Loos*, a propósito da proibição de taxas aduaneiras entre os Estados membros. No fundo o TJ vem dizer que **uma proibição para os Estados membros redundava num direito para o particular**. (Exemplo – se o Estado não pode cobrar taxas aduaneiras, os particulares têm o direito de não as pagar). A partir deste acórdão passou a entender-se que os particulares tinham legitimidade para invocar normas comunitárias, ainda que os principais destinatários fossem os Estados.

A esta proibição de restrições à livre circulação, tem-se, então, associado um direito para os particulares, agentes de mercado. A existência deste direito já nem era assunto polémico aquando do caso do *Cassis de Dijon* porque esta questão já tinha sido esclarecida pelo acórdão *Van Gend & Loos* que estudaremos mais à frente.

Como já foi dito, existem certos interesses ponderados pelas legislações dos Estados membros que podem ser aceites enquanto obstáculos à livre circulação e, por conseguinte, exceções à proibição do **artigo 34º TFUE**. Porém, e é esse o raciocínio deste acórdão, estas razões, à partida atendíveis, estão sujeitas a um princípio constitucional: **princípio da proporcionalidade**.

O TJ deixa claro que os legisladores nacionais não são soberanos na invocação dessas razões já expostas, sendo que estas têm de ser escrutinadas jurisdicionalmente à luz do princípio da proporcionalidade para perceber se a restrição se justifica.

O governo alemão explica o porquê da restrição com base na proteção da saúde pública e na defesa dos consumidores. As alegações em relação à **proteção da saúde pública** estão no **ponto 10**. O objetivo defendido pelo governo alemão é evitar a proliferação de bebidas de fraco teor alcoólico, como é o caso do *Cassis de Dijon*, dado que estas bebidas seriam suscetíveis de provocar mais facilmente habituação do que as de teor alcoólico mais elevado. Este é um argumento fraco que será escrutinado e rebatido pelo TJ no **ponto 11**.

O TJ vem dizer que estes argumentos não são decisivos. Em primeiro lugar, diz que o governo alemão estava a partir duma noção irreal do mercado porque está repleto de muitas outras bebidas de baixo teor alcoólico. Em segundo lugar diz que mesmo as bebidas mais fortes do mercado eram muitas vezes diluídas noutras de modo a baixar o seu teor alcoólico. Assim, o argumento alemão era muito fantasioso e cai por terra.

No **ponto 12**, o governo alemão avança com o seu segundo argumento em defesa da sua lei alegando que a venda destes produtos é uma prática desleal e um atentado contra a **proteção do consumidor**. Este argumento supõe que o *Cassis de Dijon*, por ter um teor de álcool mais baixo, estaria sujeito a uma menor carga fiscal face às outras bebidas do mesmo género, mas com um teor de álcool mais alto.

Ora, o facto do o *Cassis de Dijon* ter um teor de álcool mais reduzido faz com que tire uma vantagem concorrencial face aos outros licores que, por terem um teor de álcool mais elevado, estão sujeitos a uma maior carga fiscal. O resultado de tudo isto é que o *Cassis de Dijon*, um licor produzido em França, seria mais barato do que os licores alemães dentro do próprio mercado nacional. Este não era um argumento que dissesse respeito à proteção dos consumidores, mas antes à proteção dos licores nacionais, a verdadeira preocupação do governo alemão.

O argumento seguinte, que é aquele que normalmente se invoca no contexto do princípio do reconhecimento mútuo, está na **terceira parte do ponto 12**. O argumento é que o reconhecimento mútuo leva, porventura, à aceitação de um padrão mais baixo. A crítica aqui presente é baseada na ideia de que a partir do momento em que os países são obrigados a reconhecer regras menos exigentes que as suas quanto à produção e comercialização de determinado produto, tenderão para imitar e levarão a regulamentação ao parâmetro mais baixo numa tentativa de concorrência.

A esta questão o TJ responde no **ponto 13** que o problema se resolve através da informação aos consumidores acerca dos vários teores alcoólicos do mercado para que façam as suas escolhas com na sua autonomia privada e sem paternalismos.

Avaliados os argumentos, o TJ conclui no **ponto 14** que não há nada neste caso que deva prevalecer à regra da livre circulação de mercadorias e que a exigência alemã constitui uma restrição quantitativa à importação ou uma medida de efeito equivalente,

expressamente proibida pelo **artigo 34º TFUE**. Com base nesta resposta do TJ, o tribunal nacional que colocou a questão dá razão à empresa que importava o *Cassis de Dijon*.

Uma das coisas interessantes que o advogado geral observa neste caso e que coincide com o que o tribunal diz é que estava aqui em causa saber se a liberdade de circulação de mercadorias pressupõe ou não uma identidade de legislação. Diz então o advogado geral que o **artigo 34º TFUE** ficaria fora de ação quando se operasse a harmonização entre as legislações. No entanto, não podemos considerar que o princípio do reconhecimento mútuo substitui completamente a uniformização de legislação. O impulso fundamental do TJ é que não tem de haver uma legislação europeia uniformizada para que haja livre circulação. Nesses casos, vale o princípio do reconhecimento mútuo, muito embora não possamos esperar que este tudo resolva e dispense a harmonização a nível europeu.

O princípio do reconhecimento mútuo, quando restritamente aplicado, pode levar a um efeito de **imitação da legislação menos exigente** em matéria de produção e comercialização de mercadorias, por razões concorrenciais. Este fenómeno ficou conhecido por *race to the botom*. É lógico que se uma mercadoria circular livremente entre os Estado membros, os outros produtores vão tentar baixar o seu nível de exigência para os seus produtos competirem com aquele com o do Estado com legislação menos exigente.

É por esta razão que o TJ considera que o fundamental para travar essa eventual tendência para facilitar o nível de exigência ou qualidade dos produtos é a informação dos consumidores acerca das características daquilo que adquirem. Ainda assim, as disparidades entre legislações nacionais podem ter como consequência efeitos nocivos para o consumidor. A solução ou prevenção passa pela harmonização, por encontrar uma solução que não seja a mais permissiva, mas também que não seja a mais exigente. Uma solução que fixe limites.

A questão era muito mais complicada na altura pelo facto de o legislador europeu estar atado à regra da unanimidade. O TJ reafirma que se a UE não conseguisse atingir o consenso, “se a UE ainda legislou sobre a matéria, mantêm os Estados membros essa competência”. O princípio do reconhecimento mútuo, nestes moldes, surge como uma fuga a essa dificuldade em legislar.

A ideia fundamental deste acórdão, *Cassis de Dijon*, sem a qual se torna impossível a sua compreensão, é a de que este surgiu num contexto em que era extraordinariamente difícil legislar, em virtude da generalização do Compromisso do Luxemburgo. A partir do momento em que uma determinada mercadoria respeita as normas do Estado membro em que é produzida, ela deve poder circular pelo mercado comum, mas isto não significa que seja necessária uma harmonização da legislação europeia, como forma de evitar uma *race to the botom*.

Nos nossos dias a circulação de mercadorias dentro do mercado comum faz-se com base na concorrência entre as legislações dos Estados membros e uma legislação harmonizadora da UE.

O instrumento para esta harmonização ou aproximação é uma diretiva que fixa determinados parâmetros base. Por ser uma diretiva tem que ser devidamente transpostas para os ordenamentos jurídicos nacionais e só então passará a vigorar. Isto resulta numa maior flexibilidade, dado que a diretiva, concede algum espaço de discricionariedade aos governos dos Estados membros.

De acordo com o advogado geral, este é um aspeto fundamental. Diz ainda que, por um lado, a harmonização total das legislações nacionais acerca desta matéria deixará o **artigo 34º TFUE** sem objeto, e que, por outro lado, esta disposição será aplicável a cada uma das legislações que aguardam harmonização. Em relação a esta última afirmação, o professor Nuno Piçarra entende que não é bem assim, até porque existem legislações que não são discrepantes e não havendo disparidade, a harmonização não é necessária.

Com tudo o anteriormente exposto ficamos a perceber que o **princípio do reconhecimento mútuo não é um valor absoluto**, na medida em que podem existir razões de defesa do consumidor, saúde pública ou segurança pública que obstem que uma determinada mercadoria, mesmo que legalmente produzida num Estado, circule livremente noutros. Contudo, ficou também claro que a apreciação destas questões fica a cargo do TJ em conjunto com o tribunal *a quo*, tribunal nacional que colocou a questão.

Qual é o valor jurídico ou a eficácia jurídica dos acórdãos prejudiciais do TJ para o tribunal *a quo*? Estes acórdãos prejudiciais são vinculativos, não se tratam de meros pareceres que podem ser afastados. O TJ vai pronunciar-se acerca da interpretação da questão prejudicial, e depois o tribunal nacional vai decidir o caso concreto com base na interpretação do TJ. O aspeto essencial aqui é a jurisprudência constante.

Neste caso, se o TJ diz que não há motivo legal para que se proíba a livre circulação do tal produto, então o tribunal nacional vai resolver o litígio de acordo com o **artigo 34º TFUE**, afastando a legislação alemã em confronto. **Quem toma essa decisão não é o TJ** que nos acórdãos prejudiciais não resolve casos, mas **julga os tribunais nacionais a resolver os casos concretos, interpretando vinculativamente questões sobre as disposições de direito da UE.**

O governo alemão invocou argumentos em defesa da legislação nacional e o TJ, aplicando o **princípio da proporcionalidade**, não endossou esses argumentos. A aplicação deste princípio faz-se mediante três testes:

- ➔ **Legitimidade.** A medida prossegue um objetivo legítimo? certo que o governo alemão, ao demonstrar que os objetivos prosseguidos com aquela proibição eram a saúde pública e a defesa do consumidor, prova que a norma tem um fim legítimo.
- ➔ **Necessidade.** Esta exigência é mesmo necessária à persecução dos tais objetivos legítimos? No caso, o TJ considera que não, dado que existem outras medidas mais adequadas que prosseguem os mesmos objetivos, sendo menos restritivas à liberdade fundamental de circulação de mercadorias.

→ **Proporcionalidade em sentido estrito.** Qual é a medida que, no caso concreto, põe melhor em concordância as realidades em confronto? Temos por um lado a defesa da saúde pública e a proteção do consumidor e, por outro, a liberdade de circulação de mercadorias. Aos olhos do TJ, a solução que melhor pondera estes interesses em conflito é a informação do consumidor. Esta sim, é uma medida que protege o consumidor e a saúde pública sem restringir a liberdade fundamental de circulação de mercadorias.

Assim se conclui que aquela lei nacional, na parte em que exige um determinado teor alcoólico para os licores que circulam na Alemanha, tendo esbarrado com o princípio da proporcionalidade no teste da necessidade, é proibida pelo **artigo 34º TFUE** enquanto restrição quantitativa da livre circulação ou medida equivalente.

Este acórdão serve ainda para demonstrar que o direito da União Europeia se pauta pelos mesmos princípios que o direito nacional.

Hoje em dia, o TJ nos muitos acórdãos em que é chamado a aplicar o princípio da proporcionalidade, fá-lo de uma forma muito mais explícita do que fez neste caso em que nem o enunciou. Isto significa que há uma evolução da jurisprudência do TJ de um estilo tradicional elíptico e curto, tipicamente francês em que é preciso ler as entrelinhas, para um estilo mais extenso, explícito, desenvolvido e doutrinário, característica alemã e da jurisprudência do *common law* do Reino Unido.

VALORES E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Em relação a este tema, a disposição absolutamente fundamental é o **artigo 2º TUE** que elenca os valores e princípio fundamentais que são comuns a todos os Estados membros. Isto significa que, em princípio, as tensões ou discrepâncias que possam existir entre as constituições nacionais a propósito destes valores, devem ser resolvidas em termos de concordância prática. Os valores elencados são:

- Respeito pela dignidade humana;
- Liberdade;
- Democracia;
- Igualdade;
- Estado de direito;
- Respeito pelos direitos do Homem.

Todos estes valores são simultaneamente valores justicáveis, o que significa que todos os litígios que existam sobre eles que sejam levados aos tribunais podem, inclusivamente, chegar ao Tribunal de Justiça.

Existe um acórdão muito famoso, o **acórdão Omega**, em que o TJ reconheceu, ainda numa fase em que não existia o **artigo 4º nº2 TUE**, que o **princípio do respeito pela dignidade humana**, apesar de ser comum a todos, pode assumir contornos diferentes de Estado para Estado.

Muito sucintamente, este acórdão tratava de uma casa de jogos em Bona, cidade alemã, que tinha um jogo de simulação de homicídios que causou grande sensação entre os cidadãos. A câmara municipal de Bona começou a limitar a frequência e o horário de expediente da casa de jogos com base no princípio do respeito pela dignidade humana. A casa de jogos, por sua vez, defendeu-se invocando o princípio da liberdade de circulação, dado que o jogo tinha sido importado do Reino Unido e lá não havia qualquer entrave relacionado com um suposto atentado à dignidade humana.

Perante este confronto, tendo em conta a especial importância dos contornos que aquele princípio tem na Constituição e na jurisprudência alemã, o TJ respondeu que se justificava aquela restrição que implicava alguma compressão à liberdade de circulação de mercadorias e prestação de serviço, mas que se justificava em função da importância que o respeito pela dignidade humana assume naquele Estado.

No fundo, esta ideia acabou por ser positivada naquilo que é hoje o **artigo 4º nº2 TUE**, onde se lê que a UE respeita a identidade constitucional de cada Estado, refletida nas suas instituições, bem como a autonomia local e regional. A jurisprudência Omega é um exemplo disso, de respeito pelos valores constitucionais alemães, ao ponto de se justificar uma restrição à liberdade de circulação de mercadorias e serviços que não se estendia aos restantes Estados.

Princípio da democracia

O **princípio da democracia** assume contornos específicos no âmbito da UE e o próprio tratado dedica-lhe várias disposições como o **artigo 10º e 11º TUE**, do qual se destaca o **nº4** sobre a **iniciativa de cidadania europeia**.

Este é um mecanismo que tem sido ativado e tem chegado várias vezes ao TJ, o que confirma o facto de estes princípios serem altamente justificáveis. Este **nº4** estipula que pelo menos um milhão de cidadãos de um número significativo de Estados membros pode convidar a Comissão Europeia para apresentar uma proposta adequada em matéria sobre as quais esses cidadãos julguem ser necessário um ato jurídico da UE para aplicar os Tratados.

Este mecanismo não é novo e está previsto em várias constituições dos Estados membros, sendo que Portugal não é exceção. Há, no entanto, uma particularidade a observar no caso europeu: enquanto que a nível nacional as propostas são normalmente feitas aos parlamentos, no âmbito da UE têm de ser apresentadas à Comissão Europeia. Isto porque, como já vimos, esta tem o monopólio da iniciativa legislativa. Recebida a proposta, a Comissão poderá, ou não, remetê-la para o Parlamento ou para o Congresso que são os órgãos legisladores.

Já houve várias iniciativas deste género, umas a que a Comissão deu seguimento, outras a que não seguiu. Já se formaram inclusivamente litígios entre a Comissão e os cidadãos que viram a sua proposta rejeitada. A este propósito o TJ veio dar um contributo importante, no **acórdão Alexios Anagnostakis c. Comissão Europeia (processo C-589/15 P)**, no sentido de obrigar a Comissão a fundamentar as suas decisões de recusa da iniciativa dos cidadãos, não junto do TJ, mas junto do Tribunal Geral da UE, que é onde se contestam os atos.

Nota: sempre que encontramos um “P” a seguir ao número de processo significa que é proferido em recurso de um acórdão do Tribunal Geral da UE. O “P” vem da palavra francesa “*pouvoir*” que significa “recurso”.

O que este acórdão estabelece é o **dever de fundamentação** se a comissão decide não dar sequência à iniciativa da cidadania europeia (ICE) de modo a que os fundamentos que justificam a recusa sejam claramente identificados. Este dever de fundamentação é o corolário do princípio de Estado de Direito, cujo corolário também é o princípio da legalidade e da democracia.

Um outro aspeto muito próprio do princípio democrático a nível da UE é a participação dos parlamentos nacionais no funcionamento da UE, tal como nos diz o **artigo 12º TUE**. Para além de haver da parte das instituições europeias o dever de informar os parlamentos nacionais e notifica-los acerca dos processos de atos legislativos da União em curso, os parlamentos nacionais têm um papel extremamente importante na garantia de dois princípios legislativos fundamentais: o **princípio da subsidiariedade** e o **princípio da proporcionalidade**.

Os parlamentos nacionais, nos termos dos protocolos relativos a estas matérias, uma vez notificados acerca de uma determinada proposta legislativa, têm a faculdade de se pronunciar sobre ela, não num sentido genérico, mas no sentido de saber se consideram que respeita ou não os dois princípios supracitados. O objetivo aqui é não adotar a nível da UE atos legislativos desproporcionalmente restritivos das liberdades fundamentais ou desconformes com o princípio da subsidiariedade.

Princípio da subsidiariedade

O **princípio da subsidiariedade** vem previsto no **artigo 5º TFUE**. No seu nº1 começa por estabelecer o **princípio da competência da atribuição**, que não permite à UE atribuir a sua própria competência, mas atuar apenas com base na competência dada pelos tratados. Por outras palavras, a UE só pode legislar sobre uma matéria se encontrar nos tratados uma norma que lhe atribua competência para esse efeito.

Esta competência pode ser-lhe atribuída a **título exclusivo**, ou seja, só a UE tem competência para legislar sobre certas matérias. Contudo, este tipo de atribuição a título exclusivo não é muito comum e os seus casos vêm previstos no **artigo 3º TFUE** (Exemplo – competência exclusiva em matéria da união aduaneira, as regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno e política comercial comum).

Mesmo em sede de competência exclusiva, existe a possibilidade de os Estados membros legislarem. Diz-nos o **artigo 2º nº1 TFUE** que, em termos de competência exclusiva, os Estados membros apenas podem legislar quando habilitados pela UE ou a fim de dar execução aos atos da UE adotados no exercício da sua competência exclusiva.

Nos restantes casos, há **competência partilhada** e a esse respeito diz-nos o **artigo 4º TFUE** que essa competência se verifica sobre todas as matérias em que não há atribuição exclusiva da UE por força do **artigo 3º TFUE**. Isto significa que se não for expressamente exclusiva, a competência tem-se como partilhada. É precisamente no domínio da competência partilhada que atua o princípio da subsidiariedade, já que na competência exclusiva não há qualquer aplicação deste princípio.

Diz-nos então o **artigo 5º nº3 TUE** que o princípio da subsidiariedade vale para os casos em que tanto a UE e os Estados têm competência para legislar. Porém, a UE só pode legislar se passa no teste da subsidiariedade. Isto significa que, no exercício de uma competência partilhada, para que a UE possa legislar, tem de demonstrar que os objetivos do ato legislativo não poderiam ser suficientemente alcançados pelos Estados membros. Isto porque a questão tem de ser relevante a nível central e se os Estados membros forem capazes legislar e alcançar por si só os objetivos, não se justifica a intervenção da UE.

As regras harmonizadoras de produção e comercialização de mercadorias passam neste teste, uma vez que a harmonização comum das legislações é uma tarefa impossível se for realizada a nível estadual. Passar no teste é demonstrar que, mesmo sendo uma competência partilhada, a UE deve exercê-la em vez dos Estados porque, tendo em conta o alcance transnacional da questão, está mais bem colocada a nível europeu do que nacional.

Contudo, isto pode não ser óbvio, razão pela qual se envolveu a atividade dos parlamentos nacionais. O **artigo 5º nº3 TUE** acrescenta que este teste é reproduzido pelos parlamentos nacionais, sendo que eles também podem avaliar a necessidade de ser a UE legislar. Os parlamentos nacionais, podem, neste contexto, perante uma proposta legislativa da Comissão, apresentar “alertar amarelos e alertas laranjas”. Isto significa que não podem propriamente travar o andamento do processo legislativo, mas podem forçar a Comissão a repensar a proposta em função das objeções formuladas relativamente à inobservância do princípio da subsidiariedade.

Esta intervenção dos parlamentos nacionais entende-se à luz do princípio democrático, podendo levar a UE a repensar uma determinada proposta legislativa antes que ela se transforme num ato legislativo. É por esta razão que dizemos que o papel dos parlamentos nacionais, na garantia deste princípio, é exercido a montante, isto é, antes do ato legislativo ser adotado.

Neste contexto, importa ter em atenção o **artigo 8º do protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade** que apresenta duas particularidades.

Primeiro são expressamente mencionadas duas entidades com legitimidade ativa para **impugnar um ato legislativo com fundamento na violação do princípio da subsidiariedade**.

→ **Parlamentos nacionais**

Já vimos que não têm autoridade para travar o processo legislativo, podendo apenas “lançar cartões amarelos e laranjas”. Apesar disso, têm poder para impugnar judicialmente o ato legislativo que desse processo advier, com fundamento no desrespeito pelo princípio da subsidiariedade. Isto significa que os parlamentos nacionais, que a montante do ato legislativo têm o papel que têm, podem, se ficarem vencidos, podem eles diretamente contestar esse ato junto do Tribunal de Justiça.

Há aqui uma outra particularidade que é o facto de os Estados membros terem uma legitimidade ativa geral para contestar atos da UE, são **requerentes privilegiados**. Em termos processuais, isto significa que os Estado membros bem como as próprias instituições europeias **não precisam de demonstrar interesse em recorrer**, podendo contestar judicialmente qualquer ato legislativo. Isto surge em contraposição com o estatuto dos particulares. Os cidadãos, por sua vez, não sendo requerentes privilegiados, têm de demonstrar interesse em recorrer.

O que o **artigo 8º do protocolo** vem fazer é permitir que os parlamentos nacionais ou uma das suas câmaras (no caso de serem bicamerais) que já se tinham oposto a que aquele ato legislativo vingasse, possam depois contestá-lo a jusante, isto é, depois da adoção do ato, junto do TJ. O fundamento do recurso contra determinado ato legislativo é o princípio da subsidiariedade.

→ **Comité das Regiões**

A outra entidade à qual esta disposição atribui uma legitimidade especial nesta matéria é o **Comité das Regiões**. O que levou os autores do protocolo a atribuir este estatuto ao Comité das Regiões vem da remissão que o próprio **artigo 5º nº3 TUE** faz para o poder regional e local. Neste artigo diz-se que a UE tem de demonstrar que está melhor colocada do que os Estados membros, seja a nível central, regional ou local, para adotar determinada legislação com vista a atingir certos objetivos.

Analisada esta particularidade acerca de quem pode intervir neste processo vamos agora prestar atenção a um pequeno caso prático. Imaginemos que um ato legislativo da UE passou o teste da subsidiariedade, não foi contestado judicialmente e entrou em vigor. A competência relativa a este ato continua a ser partilhada? Decorre daqui alguma limitação para a competência dos Estados membros? A resposta a esta questão está no **artigo 2º nº2 TFUE**.

Esta disposição começa por explicar o que é uma competência partilhada, da mesma forma que o nº tinha referido a competência exclusiva. Responde que uma vez adotado um ato legislativo pela UE, os Estados membros deixam de poder legislar sobre aquela matéria até ao ponto em que a UE legislou.

Isto faz sentido na medida em que, se a UE para legislar teve de passar pelo teste da subsidiariedade e o ato foi adotado, não tem nexo que os Estados membros venham agora legislar sobre os mesmos aspetos em sentido contrário. Se se chegou à conclusão que a UE estava em melhor posição para legislar, então os Estados não podem depois contrariar.

É importante não esquecer que todas estas regras são de origem jurisprudencial e o que o Tratado de Lisboa vem fazer ao rever o TFUE é codificá-las. Esta ideia de que, no âmbito da competência partilhada, a UE legislou e os Estados membros deixam de o poder fazer, chama-se o **efeito da preempção**. A tarefa que cabe aos Estados nesta situação é, no máximo, executar os atos legislativos da UE.

A função legislativa é uma função infraconstitucional (subordinada à constituição), caracterizada essencialmente por conferir ao legislador uma ampla margem de opção política ou discricionariedade. É por isto o órgão capacitado para exercer a função legislativa tem de dispor de uma especial legitimidade democrática, justamente para fazer escolhas políticas fundamentais.

A última frase do **artigo 2º nº2 TFUE** diz-nos que os Estados voltam a exercer a sua competência partilhada na medida em que a UE tenha decidido deixar de exercer a sua. O caso mais evidente em que isto acontece é quando a UE revoga uma lei que tenha anteriormente adotado.

EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Análise do acórdão *Van Gend & Loos*

Aspetos técnicos

Este acórdão é considerado, tal como o acórdão *Cassis de Dijon*, como um dos mais icónicos do TJ. Para muitos, o TJ veio revolucionar o direito da UE com este acórdão, mas o professor Nuno Piçarra tem uma opinião diferente, pois considera que para o TJ chegar à conclusão que chegou, se baseou nas particularidades do então Tratado CEE, sem o qual não teria obtido o resultado alcançado.

Se o juiz nacional não tivesse colocado a questão prejudicial, certamente o TJ nunca teria chegado às conclusões a que chegou. O que importa aqui evidenciar é que o poder judicial da UE, embora encabeçado pelo Tribunal de Justiça, é composto por toda uma rede que inclui os tribunais nacionais.

A ideia fundamental a reter antes da análise do acórdão propriamente dita é a de que o direito da UE **não é um direito externo**. Em termos práticos, isto significa que o direito da UE vale para os juízes nacionais como se fosse direito interno e que tem a faculdade de afastar direito interno que lhe seja contrário. Com este caso, o TJ deu um enorme contributo no sentido de os Estados membros aceitarem o direito da UE como se fosse verdadeiro direito interno nos seus ordenamentos jurídicos.

Esta era uma questão mais complexa do que possa parecer. Tendo em mente que a Constituição é a lei máxima de cada Estado membro, não nos podemos esquecer de que as várias constituições nacionais tinham características muito distintas, sobretudo no que diz respeito à sua relação com o direito internacional. Sobre esta matéria temos dois grupos distintos:

→ **Constituições dualistas** – nestes sistemas, o direito internacional tem de ser transformado em direito interno mediante um ato legislativo para valer no ordenamento jurídico. Isto significa que, de acordo com a lógica da sucessão das leis no tempo, novos atos legislativos internos contrários a estes de direito internacional que foram integrados no ordenamento jurídico do Estado em causa, revogam automaticamente as disposições anteriores. A Itália é um grande exemplo do sistema dualista.

→ **Constituições monistas** – nestes sistemas, o direito internacional vale internamente e pode ser invocado e aplicado sem que tenha de ser convertido em direito interno. A Holanda é um dos melhores exemplos do sistema monista.

Isto significa que, a nível de direito da UE, os problemas são muito mais difíceis de resolver para os juízes italianos do que para os juízes holandeses. Isto porque o juiz holandês tem uma norma na sua Constituição que lhe permite aplicar o direito internacional sem qualquer questão, ao contrário do juiz italiano.

Resulta dos tratados, e o TJ já explorou todas as vias que apontam nesse sentido, que o direito da UE é para ser aplicado nos Estados membros como se fosse direito interno. Daqui resulta que, da mesma forma que os particulares invocam o direito interno em sua defesa, também o devem poder fazer com o direito da UE, apenas com algumas nuances. É por esta razão que consideramos que os dois grandes princípios fixados nesta matéria, princípio do efeito direto e princípio do primado, representam o lado mais federal do ordenamento jurídico europeu.

Estes dois princípios são fundamentais e é engraçado observar que, apesar de hoje em dia poderem ser extraídos do direito positivo, tiveram a sua origem na jurisprudência do TJ. É por esta razão que consideramos que o sistema jurídico da UE assenta muito nos moldes do *common law*. Este direito é acessível aos particulares, aos tribunais nacionais e às próprias administrações públicas.

O mais importante a fixar é que este caso não depende da ordem constitucional holandesa, mas sim do ordenamento jurídico europeu. Certo é que a melhor forma de entender esta questão é analisar os *leading cases* que fixaram os princípios responsáveis pela materialização do direito da UE a nível nacional.

Análise do Acórdão

A norma em causa aqui é o **artigo 12º TCEE (atual artigo 30º TFUE)** que nos diz que: “São proibidos entre os Estados-Membros os direitos aduaneiros de importação e de exportação ou os encargos de efeito equivalente. Esta proibição é igualmente

aplicável aos direitos de natureza fiscal” e foi a propósito desta norma que o tribunal fiscal holandês de última instância colocou as questões prejudiciais ao TJ.

Este tipo de normas têm o nome de **cláusulas *standstill***, porque através delas, os Estados comprometem-se a não alterar os direitos das suas pautas aduaneiras. Por outras palavras, não podem cobrar nem mais nem menos do que aquilo que está estabelecido, pelo menos no período transitório.

O que estava em causa era um produto, ureia formaldeído. Este adubo estava a ser importado com uma taxa de 8% e o que o responsável pela pauta aduaneira holandesa fez foi mudar o tipo de produto de adubo para produto químico, de modo a que este estivesse sujeito a um quadro tributário aduaneiro mais exigente. Na prática, o produto passou a ser taxado em 10% em vez dos tais 8%.

No sentido de contornar a limitação da tal cláusula, a administração fiscal holandesa diz que o aumento da taxa de importação não tinha resultado de um aumento direto das taxas aduaneiras, mas sim da alteração da qualificação pautal do produto.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça vem especificar que a cláusula de *standstill* do **artigo 12º TCEE** contém, no fundo, duas proibições:

- ➔ Proibição de aumentar diretamente as taxas aduaneiras;
- ➔ Proibição de aumentar indiretamente a taxa, mudando o produto para uma posição na pauta que implicasse a sua sujeição a um quadro tributário mais severo.

A entidade responsável pela pauta aduaneira só inserir o adubo numa classe diferente, não agradou à empresa *Van Gend & Loos*, que se via agora obrigada a pagar uma taxa aduaneira mais alta.

Em primeiro lugar reclamou junto da administração fiscal, chamando a atenção desta para a cláusula de *standstill* e o que aconteceu foi que a própria administração desatendeu o pedido. Seguidamente levou o processo para o tribunal competente, neste caso um tribunal nacional. Este sim estava mais ciente de que havia ali um litígio que envolvia a aplicação de uma norma constante de um tratado europeu.

A questão que o tribunal coloca logo à partida é se lhe é possível resolver o litígio aplicando o **artigo 12º TCEE**. A verdade é que existiam bons argumentos contra a aplicação desta disposição, nomeadamente o seu elemento literal. À partida, e de acordo com este argumento, esta era uma típica cláusula de *standstill* que apenas criava obrigações para os Estados membros e não para os seus nacionais, numa lógica clássica de direito internacional público.

Para refutar este argumento, o TJ recorre à interpretação sistemática e teleológica, integrando a cláusula no contexto do próprio tratado. Esta era a única forma de se justificar a extração de um direito para os particulares de uma cláusula que, à partida, apenas cria obrigações para os Estados.

Voltando atrás, as duas questões colocadas pelo tribunal holandês ao TJ foram:

- ➔ O artigo 12º do Tratado CEE tem efeito interno? Isto é, os particulares podem, com base neste artigo, fazer valer direitos individuais que o juiz deva tutelar?
- ➔ Em caso afirmativo, a aplicação de um direito aduaneiro de 8% à importação nos Países Baixos, pela recorrente no processo principal, de ureia formaldeído proveniente da República Federal da Alemanha representou um aumento ilegal na aceção do artigo 12 do Tratado CEE? Ou constitui antes uma modificação razoável do direito de importação em vigor antes de 1 de março de 1960 que, apesar de constituir um aumento aritmético, não deve considerar-se proibida pelo artigo 12?

As questões inerentes à primeira pergunta tinham que ver com o facto de perceber se os particulares podiam ou não invocar a cláusula de *standstill* em sua defesa. Esta era a questão central. Já a segunda questão colocada pelo tribunal holandês é bastante mais subtil. O tribunal nacional pergunta se é razoável considerar que o artigo 12 excluía a possibilidade de arrecadar mais taxas aduaneiras e queria ainda perceber se o aumento indireto em causa era ou não aceitável.

Ao lermos a primeira questão, ficamos com a ideia de que o tribunal pendia para o lado do particular, mas a segunda mostra-nos que ainda resistiam algumas reservas. Este caso deu origem a um precedente muito importante e os países do BENELUX tentaram ao máximo evitar que o TJ respondesse sequer às perguntas, alegando a sua falta de competência para tal.

Os governos dos países do BENELUX alegavam que no caso *sub judice* estava em causa, não um pedido de interpretação dos tratados, mas sim um problema de aplicação dos tratados no âmbito do direito constitucional holandês.

Ora, como sabemos, o direito internacional não tem a pretensão de ser ele a resolver as relações concretas entre si e o direito interno, essa é uma questão que cabe normalmente às constituições. O que o TJ vem dizer é que a questão colocada se prende com a interpretação de uma norma do tratado, no sentido de ser especificado o seu alcance, o que cabe perfeitamente no quadro do domínio da interpretação prejudicial, estando por isso ao abrigo da sua competência nos termos do **artigo 267º TFUE**.

Neste caso, não está em jogo a aplicação do tratado segundo os princípios do direito constitucional neerlandês, problema que é da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais, mas a interpretação e o alcance do já referido artigo 12 no âmbito do direito comunitário e sobre o prisma dos seus efeitos em relação aos particulares.

Resolvida a questão da admissibilidade, chegamos então às considerações que o TJ faz acerca das questões prejudiciais colocadas pelo tribunal holandês. O TJ resolve a primeira questão fazendo uma interpretação sistemática e teleológica do artigo 12, tendo em conta a sua economia, espírito e conteúdo.

O primeiro aspeto invocado pelo TJ no **terceiro parágrafo do ponto B** é o objetivo da comunidade, sendo este a **instituição de um mercado comum cujo funcionamento diz respeito aos próprios nacionais na comunidade**. Isto implica que este tratado, por isso mesmo, não é um tratado como os outros que apenas criam direitos e obrigações para os Estados.

Imediatamente a seguir, no **quarto parágrafo**, o TJ vai ao próprio preâmbulo recolher os argumentos que suportam esta interpretação. Um destes é o facto de se falar nos povos e não só nos Estados.

No **quinto parágrafo**, o TJ ainda argumenta que dentro da própria estrutura da UE, temos órgãos que vivem da participação e para a representação dos povos europeus, dos quais se destaca o Parlamento Europeu, isto. Fala também do Comité económico e social.

Posto isto, recorre ao **artigo 177º TCE** para dizer que o objetivo do reenvio prejudicial é assegurar a uniformidade do direito da UE, o que significa que este é aplicado por todos os tribunais dos Estados membros, sendo eles os juízes comuns do direito da UE.

Por tudo o exposto, o TJ vem dizer que o direito da UE é legítimo ao ponto de poder ser invocado perante os tribunais nacionais. Isto num cenário de um tratado comum de DIP seria impensável, o que nos mostra novamente que estes não são tratados comuns e que têm um maior alcance. Aliás, já se tinha concluído no acórdão *Van Gend & Loos* que os Estados membros limitaram os seus poderes soberanos para os conferirem à comunidade. Os sujeitos destes poderes são, além dos Estados, os seus próprios nacionais.

Assim sendo, o **artigo 12º TCEE** cria ou não direitos para os cidadãos? Como já tínhamos visto, este artigo cria uma cláusula de *standstill* que proíbe os Estados de aumentar as quotas à importação, o que é uma típica cláusula de DIP. Apesar de estar formulada como uma cláusula para os Estados, esta disposição cria também direitos para os particulares. O conceito jurídico introduzido pelo TJ para defender este ponto de vista é o da “contrapartida”. Esta disposição **cria a obrigação para os Estados no sentido de estes não aumentarem as taxas aduaneiras e a contrapartida disso é os cidadãos terem o direito de não pagarem mais taxas aduaneiras**. Este é o outro ponto essencial do acórdão em análise.

Isto acontecer em 1963 era algo novo. O que o TJ vem dizer é que a UE é muitas coisas, mas é no fundo uma união aduaneira que se caracteriza justamente pela abolição das taxas à importação e exportação entre os Estados membros. Esta é uma característica fundamental, da qual os particulares extraem o direito de não pagarem mais taxas aduaneiras.

O **artigo 12º TCEE** contém uma proibição clara e incondicional, diz o TJ. A verdade é que esta regra não era assim tão clara e o que punha em causa esta clareza era a dúvida quanto à aplicação, ou seja, se apenas incidia sobre aumentos diretos ou se também sobre os aumentos indiretos. Diz ainda que esta é uma obrigação de proibição

e não de ação, mas utiliza mal a expressão “abstenção de ação”, porque assim transforma o artigo numa obrigação de *facere* em vez de uma obrigação de *non facere*.

Portanto, o artigo 12º contém uma proibição clara e incondicional *de facere*. Os juízes entendiam que se pensassem a questão desta forma, seria mais fácil entender o efeito direto do artigo.

O TJ usa ainda o argumento de que a eficácia desta disposição não carece da intervenção jurídica dos Estados, mais propriamente no sentido da sua realização jurídica. Além do mais, o facto de este artigo designar os Estados enquanto destinatários da proibição que contém, não implica que os particulares também não sejam abrangidos. Este é um argumento importante e muito recorrente por parte do TJ que se prende pela **interpretação extensiva**.

O próximo argumento é de igual importância: no **artigo 258º TFUE** o tratado prevê um processo específico para garantir que os Estados cumpram as obrigações impingidas pelos tratados, a **ação por incumprimento**. Neste caso, para garantir que os Estados não aumentassem as taxas aduaneiras.

Ação por incumprimento (pequeno à parte para explicitar o processo)

O **artigo 258º TFUE** é uma disposição que lembra muito o direito nacional. Quem ativa este procedimento é a Comissão Europeia que pode receber queixas dos cidadãos com denúncias em relação ao incumprimento dos tratados por parte dos Estados membros.

Portanto, atendendo ao caso em estudo, a empresa *Van Gend & Loos* poderia ter submetido uma queixa à Comissão, muito antes de este caso ter chegado ao TJ. Ainda assim, esta denúncia não obriga a Comissão a avançar com o processo, uma vez que é um órgão com recursos limitados. Por esta via é tudo mais incerto, mas se a Comissão desse seguimento à queixa, interpelaria o Estado em causa, a Holanda.

A necessidade de interpelação surge por respeito ao **princípio do contraditório**. Isto porque há sempre que ouvir a outra parte, característica inerente aos nossos direitos de defesa. É por esta razão que o **artigo 258º TFUE** explicita que a Comissão terá de emitir um parecer sobre o assunto, depois de ter dado oportunidade ao Estado de se defender. Se a Comissão não se convencer com a explicação do Estado, pode inclusivamente levar o caso para o TJ, mas se se convencer, o processo acaba ali.

Se a questão chegar ao TJ, este tem duas hipóteses: ou confirma que a Comissão tem razão e condena o Estado em causa, ou discorda da acusação e dá razão ao Estado.

Análise do acórdão (continuação)

O TJ deixa claro neste processo que a Holanda poderia ter recorrido à ação por incumprimento antes ou em vez de recorrer diretamente ao TJ.

Há aqui também uma questão de coerência e de política judiciária. O facto de a ação por incumprimento permitir que a Comissão e os Estados membros metam outros Estados em tribunal, não exclui o direito que os particulares têm de invocar os seus

direitos perante o TJ. Por outras palavras, a circunstância de haver uma ação por incumprimento não priva os particulares da possibilidade de invocarem os direitos que resultam destas obrigações para os Estados. O que o TJ diz é que mesmo existindo uma ação por incumprimento, podem os particulares simultaneamente invocar estas obrigações perante o tribunal nacional.

O TJ diz ainda que o direito da UE se poderia consolidar envolvendo os particulares na sua aplicação, uma que estes são os principais interessados na consolidação do direito comunitário, e devem agir nesse sentido. O TJ percebe que a consolidação deste direito depende da sua proximidade com os nacionais e não apenas com os governos e diplomatas. Esta é a grande diferença em relação ao direito internacional clássico e o professor Nuno Piçarra acredita que se assim não fosse o projeto europeu já teria terminado.

A segunda passagem mais famosa é onde se lê que a garantia do cumprimento das obrigações pelos Estados membros tem duas vias complementares:

- ➔ Ação por incumprimento, às mãos da comissão
- ➔ A via dos particulares juntos dos tribunais nacionais que se ligariam ao TJ por meio do reenvio prejudicial.

No caso concreto o TJ responde que o **artigo 12º TCEE** permitia ao tribunal fiscal holandês resolver o caso concreto. Quando o tribunal holandês recebe esta decisão, o juiz nacional anula o ato administrativo concedido à empresa e podia ainda ordenar a devolução de tudo o que já teria sido pago a mais, mas esta nuance já depende do direito nacional. Poderia até ordenar uma indemnização à empresa por ter pago despesas que não teria pago se tudo isto não tivesse acontecido.

Conclusões do Advogado Geral

Tal como já tínhamos visto, os acórdãos prejudiciais do TJ são normalmente precedidos das conclusões do advogado geral que é membro do TJ, mas não é juiz, trabalhando a título individual. Estas conclusões são fundamentais para perceber a matéria em causa e servem para dizer qual é, na opinião do advogado geral, o caminho a seguir na resolução do litígio.

Neste caso concreto, o advogado geral sugere uma solução completamente distinta da que o TJ encontrou, propondo que o tribunal limite a sua atuação à primeira questão prejudicial, enquanto que este opta por responder às duas. O advogado geral diz ainda que o **artigo 12º TCEE** só contém uma proibição para os Estados membros, fazendo uma interpretação literal na lógica do direito internacional clássico.

Se o TJ tivesse seguido esta orientação, a solução do caso concreto seria outra. Em princípio, o juiz holandês não poderia resolver o litígio com base naquela disposição justamente porque, de acordo com o advogado geral, só havia obrigações para os Estados.

Quais foram as razões que levaram o advogado geral a responder desta forma calculosa dizendo apenas que o artigo 12 só contém uma obrigação para os Estados membros? Contudo não diz expressamente que os cidadãos não estão abrangidos. Porquê esta atuação prudente?

Primeiro, o advogado geral estava alertado para as questões de transcendente importância de direito constitucional que aquela tão simples pergunta arrastava. À data, eram os Estados, por meio das suas constituições, que diziam como é que o direito internacional valia internamente e diziam coisas completamente diferentes, como aliás já aqui foi enfatizado.

A constituição holandesa era de facto extremamente avançada para aquela altura, considerando que as normas do direito internacional são tão válidas internamente que o direito da UE pode ser considerado como “*self executed*”, e por isso mesmo, pode afastar normas nacionais contrárias, ser aplicado pelos tribunais e ser invocado pelos particulares. Outras constituições diziam exatamente o contrário: o direito internacional só vale nacionalmente depois de transformado em direito interno, não havendo qualquer primado da lei internacional.

O advogado geral fez um levantamento das constituições dos Estados membros em função do seu modo de relacionamento com o direito internacional e diz que é impossível esclarecer de modo exaustivo a questão de saber quais os efeitos jurídicos reais de uma convenção internacional sobre os cidadãos de um Estado sem ter em conta o seu direito constitucional. A evolução foi no sentido de agora se dizer que quem tem a última palavra sobre este assunto já não é o direito constitucional nacional, mas sim o próprio direito internacional, da mesma forma que é o próprio direito federal a dizer como vai valer nos Estados federados e não as suas constituições. Porém, à data deste acórdão não era bem assim e este é um ponto absolutamente essencial.

Tomemos por exemplo o **artigo 8º CRP** que é a norma portuguesa que diz como é que o direito internacional vai valer internamente. Destaca-se aqui o **nº1** onde se lê que o direito internacional faz parte integrante do nosso ordenamento jurídico, e o **nº4** que se limita a reconhecer que o direito da UE é aplicável internamente e que a definição dessa aplicação cabe às instituições europeias.

Há aqui uma congruência estrutural a nível dos princípios fundamentais entre a Constituição da UE e as constituições dos estados membros, presente no **artigo 2º TUE**. Garante apenas ajustamentos que sejam necessários em nome dessa congruência. Ao fim e ao cabo, o **artigo 8º nº4 CRP**, pelos termos em que define a aplicação do direito da UE, limita-se a reconhecer aquilo que é obvio: é a própria UE que define como é que vale o direito internacional, numa lógica federalista. Este artigo, na parte que toca ao direito internacional, embora não estivesse em vigor na altura, estava certamente mais perto do que era a constituição holandesa do que da constituição italiana. Esta última marcada pela conceção dualista.

De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional italiano, o Tratado de Roma teve de ser transformado numa lei para valer internamente, e como lei interna, podia ser naturalmente revogado por qualquer lei posterior. Apesar de esta possibilidade nos parecer bastante surpreendente hoje, era o que dizia o TC italiano à data movido pela conceção dualista. O segundo acórdão em que o TJ tratou da eficácia do direito comunitário na ordem interna dos estados membros é o acórdão Costa ENEL que vem referido na declaração sobre o primado do direito comunitário anexa aos tratados.

O advogado geral, na página 45, diz que a situação de direito constitucional nos Estados membros, especialmente no que toca à relação que estabelece entre o direito interno e o direito internacional, está longe de ser uniforme. Esta é uma das razões que o leva a considerar que o **artigo 12º TCEE** não tinha efeito interno. Se se reconhecer a esta disposição efeito interno, resulta daqui uma situação em que numa parte dos Estados membros, apenas as infrações ou violações a esta disposição implicariam a não aplicabilidade da regulamentação alfandegária nacional.

Diz isto porque o juiz holandês, que se vê perante uma Constituição monista, vai resolver o litígio com base no direito da UE, mas por outro lado, os restantes Estados que não têm essa mesma visão monista, vão preferir a aplicação da sua legislação aduaneira. Resumindo e concluindo, vai criar-se aqui uma espécie de divisão entre os Estados membros.

O princípio do efeito direto, tal como é enunciado neste acórdão *Van Gend & Loos*, arrasta consigo o princípio do primado. Isto significa que se admitirmos que o **artigo 12º TCEE** vai ser usado para resolver o caso concreto, afastará qualquer norma interna que aponte num sentido contrário. Neste caso concreto, esta disposição, naturalmente, primou sobre a legislação aduaneira aplicada aos Países Baixos.

Contudo, isto aconteceu porque a constituição monista holandesa assim o previa. Já se fosse uma constituição dualista, a legislação aduaneira que fosse posterior iria derogar o artigo 12. Daí que o advogado geral fosse tão prudente, exatamente por ter noção de que o efeito direto deste preceito geraria uma disparidade insanável entre os estados. É esta a razão pela qual sugere que não seja conferida aos Tratados aplicabilidade direta, pelo menos enquanto existirem constituições que admitam a revogação dos Tratados por valerem internamente como leis. Isto de acordo com o princípio da sucessão das leis no tempo.

A resposta a esta questão surge no acórdão Costa ENEL, primeiro da saga que culminou no acórdão *Simmenthal*.

Pequena abordagem ao Acórdão Costa/ENEL – Princípio do Primado

Este acórdão Costa/ENEL tem como base o acórdão *Van Gend & Loos*, nomeadamente na colocação das perguntas prejudiciais. Baseando-se neste precedente, as perguntas colocadas foram no sentido de perceber se as disposições dos Tratados têm efeito direto e essas dizem diretamente respeito às nacionalizações.

O cenário em Itália, ou melhor, a interpretação do TC italiano é, como já foi dito e repetido, a de que as disposições posteriores aos Tratados e contrárias a estes produziram plenamente os seus efeitos e revogariam os primeiros. Esta ideia reflete-se sobretudo quando o juiz italiano faz referência à lei ordinária que integrou o Tratado de Roma no ordenamento jurídico italiano. O que é uma clara evidência da tal disparidade que já aqui foi reiterada entre o sistema dualista italiano e o sistema monista holandês.

Ao mesmo tempo que o juiz de Milão reencaminhou o caso para o TJ, enviou também para o TC, tendo este segundo respondido primeiro dizendo que a lei italiana de nacionalização de energia elétrica, seguida pela empresa ENEL contraria a disposição do Tratado mas que, por ser posterior, produz plenamente os seus efeitos.

Quando esta questão chegou ao TJ, o Estado italiano não tendo gostado nada dela interveio atipicamente no processo judicial através do seu governo, daí que no acórdão se leia “o Governo italiano”.

Análise do acórdão Costa/ENEL

Chegada a questão ao TJ, este começa por dizer que “diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE (atual TFUE) institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais”. Realçando, logo à partida, a ideia de que este Tratado não é como os demais tratados de direito internacional e que, por conseguinte, tem um alcance e uma eficácia muito maior.

Como já sabemos, este Tratado cria as suas próprias instituições, estando estas dotadas de “poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios”.

Após a enunciação destes dois primeiros argumentos, o TJ vem dizer que “esta integração, no direito de cada Estado membro, de disposições provenientes de fonte comunitária, e mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a **impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer**, sobre uma ordem jurídica por eles aceite, numa base de reciprocidade, **uma medida unilateral posterior que não se lhes pode opor**”.

É por esta razão que se entende que a eficácia do direito da UE não pode variar de Estado para Estado em função da sua legislação interna posterior. Se este fosse o caso, tornar-se-ia impossível atingir os objetivos dos Tratados. Acrescenta o TJ que “as obrigações assumidas no Tratado que institui a Comunidade não seriam absolutas, mas eventuais, se pudessem ser postas em causa por posteriores atos legislativos dos signatários”.

Vem o TJ concluir que “o primado do direito comunitário é confirmado pelo **artigo 189º TCEE (atual artigo 288º TFUE)**, nos termos do qual **os regulamentos têm valor obrigatório e são diretamente aplicáveis em todos os Estados membros**”.

Acrescenta ainda que “esta disposição, que não é acompanhada de qualquer reserva, seria destituída de significado se um Estado pudesse, unilateralmente, anular os seus efeitos através de um ato legislativo oponível aos textos comunitários”.

Não é muito difícil de entender que, se assim fosse, estaríamos perante um ordenamento jurídico inoperante que veria os seus princípios e fundamentos postos em causa diariamente. A transferência de soberania efetuada pelos Estados implica, pois, “uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos sobre a qual [ordem jurídica comunitária] não pode prevalecer um ato ulterior incompatível com o conceito de Comunidade.

Análise do Acórdão *Simmenthal*

Contextualização

A ideia principal é a de que o direito da UE, na ordem jurídica dos Estados membros, não deve ser encarado como direito internacional. Aplica-se inteiramente nestes ordenamentos jurídicos e pode ser invocado pelos particulares, devendo por isso ser aplicado pelos juízes como verdadeiro direito interno.

Isto resultava do Tratado de Roma na sua versão originária. Persistia, no entanto, um problema relacionado com as obrigações internas impostas aos juízes nacionais. Estamos a fazer referência à obrigatoriedade da aplicação das leis internas e da própria Constituição de formas muito diferentes. Isto levou a uma considerável atividade jurisprudencial de diálogo entre os vários tribunais que, no fundo, se estabilizou com o Acórdão *Simmenthal*.

Este acórdão realça muito bem as dificuldades com que os juízes nacionais se deparavam, resultantes da plena aplicação do direito da UE. Há então aqui uma série de questões prejudiciais às quais o TJ respondeu, sendo que a mais delicada era aquela que diz respeito aos casos em que o ordenamento interno era marcado por uma visão dualista, como é o caso do italiano.

Para entendermos isto, basta olharmos para o facto de que dos três acórdãos fundamentais proferidos sobre a aplicabilidade do direito da UE aqui analisados, dois são proferidos a pedido de juízes italianos, este *Simmenthal* e o *Costa ENEL*. No caso *Van Gend & Loos* a questão era resolvida de uma forma muito mais simples já que o ordenamento jurídico holandês já era marcado por uma visão monista.

Sabemos que, no contexto da UE, o caso português é um caso muito excepcional. Isto porque no nosso ordenamento todos os tribunais têm o poder de fiscalizar a constitucionalidade das normas por si só. Esta componente difusa diferencia o processo de fiscalização da constitucionalidade português dos demais. Esta é uma herança da primeira Constituição Republicana Brasileira que, por sua vez, bebeu do sistema de controlo da constitucionalidade americano (*judicial review*). Todos os tribunais podem observar a constitucionalidade das leis e recusar a sua aplicação.

O que caracteriza a generalidade dos Estados europeus a este nível, caso da Alemanha, Espanha, Itália ou França, é que os sistemas de fiscalização da

constitucionalidade estão concentrados. Isto significa que se o juiz espanhol tiver dúvidas sobre a constitucionalidade de uma norma tem de colocar a questão prejudicial ao Tribunal Constitucional espanhol. Entretanto, há a aplicação da figura da suspensão da instância, que faz com que esta não prossiga sem que haja decisão do TC.

Em Portugal, a forma de ligar estes dois mecanismos, fiscalização concentrada e fiscalização difusa, à partida contraditórios, é o facto de caber recurso obrigatório para o TC em todos os casos cuja inconstitucionalidade de certas normas seja levantada. Se as normas não aplicadas não tiverem a dignidade de lei, não cabe recurso para o TC.

O juiz italiano, por sua vez, não está familiarizado com a ideia de não aplicar leis com base na sua possível inconstitucionalidade. Estava em causa no acórdão *Simmenthal* jurisprudência do TC italiano. Na sequência do acórdão *Costa/ENEL*, o direito da UE prima sobre uma norma legislativa interna contrária, mesmo que ela seja posterior. Isto significa que as disposições dos Tratados não são como as normas nacionais que podem ser revogadas por normas posteriores contrárias. Esta jurisprudência do TJ é aceite pelo TC italiano.

Em Portugal, as normas internacionais podem ser avaliadas pelo TC, o que se justifica pelo facto de a CRP conter um preceito que faz com que estas prevaleçam sobre o direito interno (**artigo 8º CRP**). Esta é uma questão de direito constitucional e o que está aqui em causa é exatamente isso.

O que subjaz ao controlo concentrado da constitucionalidade é aquela ideia de que a lei não pode ser posta em causa por qualquer tribunal por ser a “expressão da vontade geral”. Assim sendo, apenas pode controlar a constitucionalidade um tribunal especializado para tal. Esta é uma herança do pensamento de *Hans Kelsen*, responsável pelo primeiro sistema de controlo da constitucionalidade, o da Áustria. A lógica é a de que a lei tem uma importância tão significativa que a sua contraposição com a Constituição não deve ficar nas mãos de um tribunal qualquer.

Quando o TC italiano se viu obrigado a abdicar da sua jurisprudência, deu um passo no sentido de permitir que os juízes desaplicassem mais normas legais com fundamento em contradições com o direito da UE. Porém, numa segunda fase, vem dizer que a contradição entre uma norma legislativa nacional e uma norma de direito da UE, esteja num tratado, regulamento ou diretiva, é uma questão de direito constitucional. Assim garante que, em relação ao direito da UE, não exista uma exceção passível de possibilitar que os juízes deixem de aplicar uma norma legal com base numa contradição. Se assim fosse, lá se ia o sistema concentrado.

Análise do Acórdão *Simmenthal*

A questão era a de saber se a imposição de certas taxas sanitárias era ou não contrária ao regulamento que disponha acerca do mercado comum de carne bovina. Primeiro temos a norma do regulamento e, posteriormente, o legislador italiano instituiu uma lei que vinha cobrar determinadas taxas sobre a importação de carne bovina em Itália.

O juiz nacional é confrontado com esta questão e, num primeiro momento, leva-a ao TC italiano e este, no momento em que a questão prejudicial é colocada ao TJ, já tinha revogado com força obrigatória geral essa legislação italiana que impunha as tais taxas. Apesar disso, o juiz *a quo* italiano queria saber mais. No **ponto 7 alínea a)** é colocada outra questão que diz respeito ao facto de saber se tinha competência para decidir o caso, desaplicando a norma nacional contrária, ou se tinha de esperar pela decisão do TC italiano.

Antes de analisarmos esta questão, importa ter em conta certas considerações relevantes para perceber a razão de ser do princípio do primado. Isto porque, neste caso concreto, o TC italiano já tinha revogado com força obrigatória geral aquela lei contrária ao regulamento. É regra geral no controlo concentrado que quando o TC verifica que uma norma é contrária à Constituição elimina-a automaticamente do OJ.

O TJ, no essencial, vem responder sim à primeira questão, isto é, que o tribunal nacional podia decidir, não tendo de esperar pela decisão do TC italiano, o que vai contra a jurisprudência deste último.

O TJ começa por dizer algo muito importante no **ponto 14** sobre o regulamento que se encontra no **Art.º 288 TFUE**: os regulamentos são diretamente aplicáveis e obrigatórios em todos os seus elementos e em todos os Estados membros.

Ser diretamente aplicável é produzir todos os seus efeitos de modo uniforme em todos os Estados membros. A jurisprudência nacional do tribunal põe isto em causa, na medida em que considerava que, enquanto o TC italiano não se tivesse pronunciado sobre esta questão, a norma europeia considerava-se suspensa. Isto ia contra o **ponto 14** e contra o próprio **Art.º 288 TFUE**, dado que a norma europeia não estava a produzir todos os seus efeitos durante todo o seu tempo de existência. Esta suspensão da eficácia do regulamento até à decisão do TC põe em causa, segundo o TJ, a plena eficácia dos atos legislativos europeus, o que é um corolário fundamental da ideia de aplicabilidade direta.

Esta ideia é complementada no **ponto 15**, ao afirmar-se que estas disposições vinculam quer os Estados membros, quer os particulares. O TJ está aqui preocupado com a aplicabilidade direta do regulamento, sendo que o ponto distinto e essencial do direito da UE é o facto de criar direitos e deveres também na esfera dos particulares, tal como já estudamos.

Este acórdão trata de dois aspetos fundamentais:

- ➔ Por um lado, trata de explicitar o que significa a aplicabilidade direta;
- ➔ Por outro, o lado institucional, sendo este o que o TC italiano contestava.

Para olharmos para este segundo lado temos o **considerando 21** que nos diz que os juízes nacionais têm o dever de aplicar integralmente o direito da UE. Esta ideia é completada no **considerando 22**, onde se lê que as normas ou práticas jurídicas que tenham como efeito a diminuição dessa aplicação devem ser afastadas.

Esta questão torna-se ainda mais delicada neste caso porque, além de estar em causa legislação nacional, estava também em causa a jurisprudência do TC italiano. No entender do TJ, isto impede que o TC italiano ponha em causa a plena eficácia e aplicabilidade do direito da UE.

O TJ nem responde à segunda questão prejudicial colocada pelo juiz nacional, por considerar que a resposta à primeira esgota o conteúdo da segunda, ficando esta sem objeto. **Resulta deste acórdão o reconhecimento a qualquer juiz nacional de uma autoridade para afastar qualquer norma que considere contrária ao direito da UE.**

É de realçar que quando este juiz afasta uma norma interna com fundamento na sua incompatibilidade com o direito da UE, isto só produz efeitos no caso concreto, ou seja, esta **desaplicação não tem força geral obrigatória**. Isto significa que a norma que foi desaplicada no caso concreto não desaparece do respetivo ordenamento jurídico, mantém-se em vigor. É por esta razão que consideramos que o primado do direito da UE face ao direito interno traduz-se num **primado de aplicação**.

Resulta daqui a obrigação para o legislador nacional de corrigir esta situação, podendo revogar ou alterar a norma posteriormente. Institucionalmente, a entidade chave neste processo é o juiz do estado membro.

EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA – A DIRETIVA

Enquanto fonte de direito da UE, a diretiva foi instituída pelo Tratado de Roma. Esta vincula o Estado membro quanto aos resultados ou objetivos a alcançar, deixando às instâncias nacionais competência quanto à forma e aos meios a adotar para atingir esse mesmo objetivo.

Esta é uma fonte distinta quer dos tratados quer dos regulamentos. Como já sabemos e seguindo a linha jurisprudencial do Acórdão *Van Gend & Loos*, os tratados e os regulamentos têm uma suscetibilidade geral, isto é, além de se direcionarem a todos os Estados membros da mesma forma, o seu texto cria diretamente deveres e obrigações para os Estados, bem para os particulares. Não carecendo de qualquer transposição, têm efeito direto.

A diretiva por sua vez funciona de forma diferente. A primeira obrigação que cria para os Estados membros é a **obrigação de transposição**. Isto significa que o Estado membro vai transformar a diretiva num ato legislativo de direito interno ou, por outras palavras, transformá-la numa fonte de direito interno. Sem que isto aconteça, a diretiva não produzirá a plenitude dos seus efeitos jurídicos.

A definição de diretiva vem no **artigo 288º TFUE**. Tal como nos diz este artigo, este ato jurídico da UE, vincula o Estado membro a alcançar um resultado e para este efeito, os Estados dispõem de uma certa discricionariedade na escolha de meios e fontes que adotam na prossecução desse objetivo. Tomando como exemplo o nosso caso, a disposição que trata esse assunto em Portugal é o **artigo 112º nº8 CRP**.

No fundo, a diretiva não é um instrumento de uniformização ou de substituição do direito interno, mas antes um instrumento de harmonização porque confere aos

estados essa margem de escolha. Assim sendo, a diretiva não quer uniformizar ou substituir, mas aproximar e harmonizar, coexistindo com as diferenças jurídicas dos vários ordenamentos dos Estados membros. Se a ideia fosse substituir o direito interno, a via a adotar seria um regulamento, por ser vinculativo em todos os seus elementos como efeito direto.

A diretiva é considerada um instrumento com características altamente federais, dado que pressupõe que os Estados membros mantenham alguma diferença inerente aos seus sistemas jurídicos, mas sejam orientados para a aproximação das soluções legislativas.

Consequências da não transposição

→ Do ponto de vista das instituições:

Já vimos que a diretiva vincula os Estados membros quanto ao resultado, tendo estes uma vinculação à transposição atempada da diretiva. Agora importa perceber o que é que acontece se o estado falhar.

Todas as diretivas têm um prazo de transposição, entre 6 meses a 2 anos sensivelmente. Terminado o prazo e o estado não transpôs, está em incumprimento. O instrumento com vocação para corrigir as falhas dos Estados membros é a já referida **ação por incumprimento**. Hoje até há inclusivamente uma disposição que fala precisamente desta questão do incumprimento que se traduz na não transposição de uma diretiva, o **artigo 260º nº3 TFUE**.

Este artigo tem uma especificidade no que toca à ação por incumprimento quando se trata da transposição de uma diretiva. Só há duas opções: ou transpôs bem ou não transpôs/transpôs mal. A Comissão Europeia, quando intenta a ação, pode logo indicar o montante da quantia fixa ou sanção pecuniária compulsória, a pagar por esse Estado em incumprimento. É de realçar que estas opções são cumulativas. A sanção pecuniária compulsória vai aumentando à medida que os dias passam no sentido de dissuadir o incumprimento.

Os processos por incumprimento não são automáticos, dependem da discricionariedade da Comunidade Europeia. As ações por incumprimento podem ser intentadas por outro estado membro, o que é raríssimo, ou pela Comissão. Isto a nível das instituições.

→ Do ponto de vista dos particulares:

No que toca aos particulares, a única coisa que está ao seu alcance é a possibilidade de fazerem uma queixa à Comissão Europeia, mas esta queixa não a vincula a atuar.

No entanto, o que mais importa neste tópico é que, se o particular for alvo de um ato administrativo ilegal por não ser baseado na lei de transposição da diretiva, pode fazer uma reclamação, impugnação administrativa ou judicial.

Imaginemos que suscita-se, nestes termos, um litígio entre o particular e a administração a propósito de uma diretiva não transposta e o tribunal até lhe dá razão.

Isto significa que o Estado deixou de estar em incumprimento? Não, **mantém-se a sua obrigação de transposição da diretiva**. O erro clássico aqui presente é que as pessoas acham que a partir do momento em que a disposição da diretiva é passível de ser utilizada para resolver um caso concreto fica tudo resolvido, mas isso não é verdade.

Aliás, a falta de transposição é a causa do incumprimento e o problema só se gera por isso mesmo. Quer isto dizer que se a diretiva tivesse sido transposta, a lei utilizada para resolver o litígio teria sido a lei de transposição e não a própria diretiva.

Concluimos então que as diretivas apenas podem ser diretamente aplicáveis por duas grandes razões:

- Se as disposições que consagram direitos para os particulares forem claras, precisas e incondicionais (critérios do acórdão *Dori*);
- Porque os particulares não podem ver os seus direitos prejudicados pelo incumprimento dos Estados membros.

→ Do ponto de vista dos tribunais e administração nacional:

Em relação aos tribunais e administrações nacionais, estes podem eventualmente pedir ao TJ que, se for caso disso, aplique ou resolva o litígio com base numa disposição não transposta, mas apenas e só se esta for muito clara quanto aos direitos que visa criar na esfera jurídica do particular.

Análise do Acórdão *Van Duyn*

Contextualização

O primeiro acórdão em que foi levantada a questão de as diretivas poderem ter ou não efeito direito foi no Acórdão *Van Duyn*, em que o TJ se pronunciou historicamente sobre o efeito direto da diretiva. Este é um acórdão histórico, também pelo facto de ter sido a primeira vez que um tribunal do Reino Unido (*common law*) colocou uma questão prejudicial ao TJ. Esta questão tinha justamente que ver com a interpretação de uma diretiva no sentido muito pragmático de saber se aquela disposição podia ser aplicada pelo juiz britânico na resolução de um litígio concreto, mesmo que ainda não tivesse sido transposta.

O que estava em causa era uma cidadã holandesa que tinha conseguido um contrato de trabalho com uma instituição privada cuja atividade não era proibida no Reino Unido, mas que as autoridades olhavam com uma certa desconfiança, a igreja da ciéntologia cristã, e foi-lhe, por isso, negada a entrada no país. A senhora *Van Duyn* tinha, desde logo, do seu lado, uma disposição fundamental do Tratado de Roma que, à partida, lhe conseguia esse direito: deslocar-se do seu Estado para outro para exercer uma atividade profissional. A livre circulação de trabalhadores vem prevista atualmente no **artigo 45º TFUE**, e foi com base nela que decidiu intentar uma ação contra o *Home Office* britânico.

Esta liberdade de circulação de trabalhadores evoluiu no sentido de equiparar o trabalhador do Estado A, que pretende ir trabalhar para o Estado B, a um trabalhador deste segundo Estado que esteja na mesma situação. Nos termos do **artigo 45 n.º 2 TFUE** esta equiparação implica a “abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho”. Este é um cenário ideal e é o que acontece nas verdadeiras federações, como são os casos do Brasil e dos EUA, onde a liberdade de circulação é garantida pela cidadania da federação.

Na UE ainda não estamos nesse patamar. Qualquer das liberdades de circulação pode ainda ser limitada por um Estado, no sentido de impedir a entrada ou a permanência de um cidadão neste. Trata-se de uma cláusula interpretada muito restritamente que permite que o Estado membro limite a liberdade de circulação de um trabalhador que não tenha a sua nacionalidade. Esta cláusula resulta do **artigo 45 n.º 3 TFUE**.

A cidadania na UE complementa a cidadania dos Estados membros, mas esta segunda ainda é a principal. Eu sou cidadã da União, mas antes disso sou cidadã de Portugal. Ainda há uma prevalência da cidadania do Estado membro sobre a da UE. O **n.º 2** deste artigo não faria qualquer sentido nas federações mais avançadas, onde pouco importa o Estado de origem.

Segundo este **Art.º 45 TFUE**, a livre circulação implica a abolição de toda e qualquer discriminação que diga respeito aos trabalhadores. Diz ainda que estas liberdades de circulação abrangem várias circunstâncias, tais como a de dar resposta a ofertas de emprego efetivamente feitas (**Art.º 45 n.º 3 a) TFUE**) e ainda a livre deslocação para o efeito (**Art.º 45 n.º 3 b) TFUE**), sendo este um caso disso mesmo.

Como já tínhamos visto, o **Art.º 45 n.º 3 TFUE** contém a tal cláusula limitadora. Diz-nos então que a livre circulação de trabalhadores compreende as alíneas supracitadas, “sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública”. O que significa que os Estados membros podem, excecionalmente e ao abrigo destas circunstâncias determinadas, discriminar nacionais de outros Estados em matéria de emprego em relação aos seus nacionais.

Normalmente uma norma excecional deve ser interpretada restritivamente. Uma vez que esta cláusula é limitadora de uma liberdade fundamental do Tratado, deve ser alvo de uma interpretação restritiva. No caso português, esta regra está patente no **Art.º 18 CRP**.

A diretiva entra aqui justamente porque o legislador da UE entendeu que estas cláusulas restritivas de ordem pública, segurança pública e saúde pública, deviam ser objeto de uma lei que limitasse a discricionariedade dos Estados membros. Essa lei, essa diretiva foi adotada relativamente cedo, manteve-se em vigor durante muito tempo e as suas disposições encontram-se hoje na diretiva sobre a liberdade de circulação na UE (diretiva 2004/38).

Deste modo, o legislador europeu entendeu, em 1964, que era fundamental adotar uma lei que enquadrasse estas cláusulas tão vagas, indeterminadas e carecidas de preenchimento: saúde pública, ordem pública e segurança pública.

A diretiva 64/221 CEE, de 25/02/1964 trata da coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros (entenda-se por “estrangeiros” nacionais dos outros Estados membros) em matéria de deslocação e estadia justificadas por razões de ordem, saúde e segurança pública. Era esta a diretiva que estava em causa neste acórdão *Van Duyn*.

Uma das restrições introduzidas pela diretiva no que toca a estas cláusulas foi a **necessidade de a aplicação destas medidas se basear única e exclusivamente no comportamento pessoal do indivíduo em causa**, o que restringe muito a discricionariedade dos Estados membros na utilização de tais cláusulas para afastar um trabalhador de outro estado membro, excluindo desde logo discriminações genéricas ou coletivas. Como o Estado tem de se fundar exclusivamente no comportamento pessoal do cidadão em causa, não pode invocar razões económicas genéricas (aquele Estado membro está em crise, portanto, há grande afluência daqueles nacionais para o meu Estado, eu não quero. Isto não é possível).

De acordo com o princípio da contrapartida, o direito que daqui decorre para os particulares é o de não poderem ser impedidos de trabalhar noutro Estado membro por motivos que não assentem exclusivamente no seu comportamento pessoal, isto na lógica do acórdão *Van Gend & Loos*.

Ora, a senhora *Van Duyn* tinha assinado o tal contrato de trabalho com a igreja da cientologia cristã no Reino Unido para lá trabalhar como secretária e quando mostrou esse contrato às autoridades britânicas na fronteira, estas negaram-lhe a entrada com o argumento de que apenas os britânicos poderiam fazer parte da igreja de cientologia cristã. Gerou-se então este litígio entre a senhora e a administração britânica que chegou à *Chancery Division* do *High Court of Justice*, por ser um litígio de natureza administrativa.

Este tribunal constatou que o litígio envolvia a aplicação de direito da UE e, portanto, pediu ao TJ que interpretasse o alcance do **Art.º 45 TFUE** sobre a liberdade de circulação dos trabalhadores dentro da União e ainda que analisasse a diretiva em causa, no sentido de clarificar se o tribunal britânico poderia ou não resolver o litígio conjugando ambos.

O serviço de fronteiras estava a aplicar uma cláusula de ordem pública, porque a senhora ia trabalhar para uma instituição que não era ilegal, mas era suspeita. E, portanto, o juiz britânico, que era conhecedor da jurisprudência do TJ, começa por perguntar, na linha do *Van Gend & Loos*, se o **Art.º 45 TFUE** é diretamente aplicável, no sentido de conceder aos particulares direitos invocáveis perante os tribunais internos e que por estes devam ser tutelados.

A segunda questão reporta-se a perceber se a disposição da diretiva, que limita a aplicação do **Art.º 45 n.º3 TFUE** obrigando os Estados membros a fundarem-se exclusivamente no comportamento pessoal do cidadão para o descrimarem, é também

suscetível de ser invocada pelos particulares e se possibilita ao juiz a sua aplicação em deterioramento de uma eventual fonte de direito interno contrária.

A terceira pergunta, mais complexa, resume-se basicamente à ideia de saber se a entidade nacional competente, neste caso, o serviço de fronteiras britânico, pode considerar relevante para a cláusula de restrição da diretiva o facto de a senhora *Van Duyn* ser alegadamente membro de uma instituição cujas intenções eram contra a ordem pública britânica, mas ainda assim permitidas.

Por outras palavras, importava saber se o facto de esta senhora ir trabalhar como secretária para a igreja da cienteologia cristã relevava do ponto de vista do seu comportamento pessoal, de modo a preencher a exigência da diretiva e possibilitando assim a aplicação do **Art.º 45 nº3 TFUE** que restringia a liberdade de circulação dos trabalhadores entre os Estados membros. Isto passa por perceber se a sua lealdade a essa instituição deve ou não ser olhada como parte do seu comportamento pessoal. Aqui convém ter em conta que os nacionais não podiam ser impedidos de ser adeptos ou fiéis à tal igreja, já que as autoridades nunca proibiram a atividade. Esta questão é bem mais delicada e a resposta ao tribunal mereceu algumas críticas.

Análise do acórdão

Relativamente à **primeira questão**, sobre o efeito do **Art.º 45 TFUE**, o obstáculo que poderia levar à consideração de que esta disposição sobre este direito fundamental não possui efeito direito na aceção que lhe estamos a dar seria a cláusula de ordem pública presente no **nº3** do artigo.

Esta reserva remete para o Estados membros o conteúdo definitivo deste direito nos casos concretos. Parece que, em última análise, são os Estados membros que definem o âmbito e o alcance deste direito de livre circulação de trabalhadores. Se o próprio direito contém em si esta possibilidade de ser restringido, então, teoricamente, são os Estados que definem o seu conteúdo concreto.

O TJ contorna esta questão, argumentando que a existência desta reserva não neutraliza o efeito direto da diretiva, uma vez que a aplicação destas cláusulas está sujeita ao controlo jurisdicional, o que quer dizer que os tribunais nacionais, em conjunto com o TJ, podem anular qualquer utilização indevida desta cláusula, tal como se lê no **ponto 7**.

Então, se a faculdade que é concedida aos Estados membros no sentido de poderem limitar o direito compreendido pelo artigo supracitado pode ser anulada, então os particulares podem invocar os direitos que daí advêm.

No que toca à **segunda questão**, em relação a saber se a o texto da diretiva poderia ser aplicado na resolução do litígio, o juiz britânico coloca a questão sem fazer referência a uma norma que deveria ter feito, caso ela existisse. Estamos a falar da norma de transposição da diretiva, cuja falta leva a que disposição da diretiva não esteja, à partida, inserida no ordenamento jurídico dos Estados membros.

Quando a diretiva é transposta, e bem transposta, entra numa espécie de hibernação. Isto porque nestes casos a norma invocável e aplicável passa a ser a norma que transpõe a diretiva para o ordenamento jurídico do Estado membro. Daqui resulta que as disposições da diretiva são vêm diretamente à colação se a diretiva não foi transposta no prazo ou foi transposta de uma maneira que deixa dúvidas sobre se foi ou não corretamente transporta. O juiz britânico nunca faz referência à lei que transpõe a diretiva: ou porque não foi transporta, estando o Reino Unido em incumprimento, dado que o prazo para a transposição já tinha expirado, ou foi mal transporta.

Esta é uma questão que veio suscitar uma certa resistência face à aceitação, sem fundamentos suplementares, do efeito direto da diretiva. Os argumentos invocados pelo TJ para dizer que a diretiva tem efeito direto são os seguintes:

- O facto de o **Art.º 288 TFUE** apenas referir os regulamentos como fonte de direito europeu diretamente aplicável, não significa que as diretivas não o sejam.

Contudo, isto não resolve a questão fundamental, que se prende com o facto da transposição da diretiva. Se a diretiva tivesse sido transposta nem estaríamos a colocar esta questão sequer, mas não sabemos se o foi e este é o ponto essencial deste acórdão. É este o facto que conduz o TJ ao seu segundo argumento:

- As diretivas podem ser invocadas pelos particulares em sua defesa se as suas **disposições forem claras, precisas e incondicionais**, no que diz respeito aos direitos que lhes são concedidos. Esta ideia está no **ponto 13** quando o TJ diz que “a referida disposição consagra uma obrigação que não está sujeita a qualquer restrição ou condição e que, pela sua natureza, não depende da prática de qualquer ato posterior, quer pelas instituições comunitárias, quer pelos Estados membros”.

O TJ acrescenta ainda, no **ponto 12**, que seria incompatível com o efeito obrigatório que o **Art.º 288 TFUE** reconhece às diretivas excluir em princípio que as obrigações por elas impostas possam ser invocadas pelos interessados. Isto sobretudo nos casos em que as autoridades comunitárias impõem aos Estados membros, mediante diretivas, a obrigação de adotarem uma determinada conduta. O efeito útil de tais atos seria diminuído se os particulares não os pudessem invocar perante os tribunais nacionais e se estes não os tivessem em conta como verdadeiros elementos de direito comunitário.

Se o próprio **Art.º 267 TFUE** permite aos órgãos jurisdicionais nacionais questionarem o TJ acerca da interpretação de qualquer ato jurídico da UE sem qualquer distinção, isto implica que esses atos possam, sem distinção, ser invocados pelos particulares perante os tribunais nacionais.

Simplificando, o TJ diz que esta é uma disposição clara, precisa e incondicional e, portanto, confere aos particulares direitos que estes podem invocar e os tribunais nacionais têm de salvaguardar.

Finalmente temos a **terceira questão** (a questão mais bicuda), relativa ao facto de perceber se a ligação da senhora *Van Duyn* à cientologia cristã releva do seu comportamento pessoal, de modo a preencher a condição da diretiva para a aplicação das restrições do **Art.º 45 nº3 TFUE**.

O TJ vem estabelecer, no **ponto 18**, que a noção de ordem pública, nomeadamente nos casos em que é utilizada para derrogar ou excepcionar direito da circulação dos trabalhadores devem ser interpretadas restritivamente. Isto de modo a que o seu âmbito não possa ser delimitado por cada estado membro sem controlo das instituições da união.

Em seguida, o tribunal diz, prudentemente que as circunstâncias específicas que podem levar ao recurso da noção de ordem pública podem variar no tempo e no espaço. A igreja da cientologia cristã é olhada com desconfiança no Reino Unido, mas é perfeitamente aceite noutros Estados membros. As autoridades competentes britânicas referem claramente a sua posição quanto às atividades da tal organização, considerando-a como um perigo social e adotando medidas administrativas para se opor às suas atividades.

Apesar de tudo isto, não cabia ao TJ contestar a opção do Reino Unido face a esta organização, nem tão pouco poderia obrigar o Governo britânico a proibir a sua atividade já que dela desconfiava. Esta era uma questão que dizia respeito apenas ao governo britânico e o que o TJ faz é respeitar a opção de desconfiança e vigilância discreta que o Reino Unido optou.

O TJ vem recordar nessa linha de pensamento que, mesmo havendo o princípio da liberdade de circulação de trabalhadores, a discriminação é possível se for por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública (**Art.º 45 nº3 TFUE**). O juiz diz, então, que a autoridade de um Estado membro pode recusar a entrada e residência no seu território de um nacional de outro estado, se essa reserva for invocada. Neste contexto, o TJ refere um importante princípio de DIP: os Estados não podem proibir a entrada ou a permanência no seu território aos seus próprios nacionais. Portanto, esta discriminação apenas podia recair sobre os “estrangeiros”.

Resolvida esta questão, vem o TJ dizer que a suposta fidelização da senhora *Van Duyn* à cientologia cristã relevava do ponto de vista do seu comportamento pessoal e uma vez que a associação à qual ela estava ligada era olhada com suspeita pelo governo britânico, então, naquele caso, as autoridades nacionais pediam impedir a entrada da senhora *Van Duyn* considerada um perigo social.

O TJ vai aqui contra o princípio fundamental consagrado pelo **Art.º 45 TFUE**, aplicando a exceção prevista no seu **nº3**, depois de preenchido o critério apresentado pela diretiva. A partir do momento em que o que está em causa releva para o comportamento pessoal da senhora, está preenchida a previsão da diretiva e pode, por isso mesmo, ser acionada a cláusula restritiva presente no **Art.º 45 nº3 TFUE**. É esta a interpretação que o TJ faz da terceira questão.

Com base nestas respostas do Tribunal de Justiça, o tribunal nacional deu razão à administração inglesa, confirmando o ato administrativo de proibição de entrada da senhora holandesa. Contudo, esta solução não é isenta de críticas.

Contudo, esta solução não é isenta de críticas. Para o professor Nuno Piçarra, é uma solução em que o TJ atendeu a todas as características do caso concreto, o que faz com que esta seja uma decisão aceitável e legítima. Há argumentos contra o facto de a fidelização da senhora à cientologia relevar do ponto de vista do seu comportamento pessoal. Exemplo disso é que nunca chegou a ser provada uma ligação direta entre a senhora e a instituição, dado que ela poderia nem ser crente. Podia apenas precisar do emprego. O professor considera que, dadas as circunstâncias, uma solução diferente seria pouco possível.

Conclusão e resumo da matéria relativa ao efeito direto das diretivas

Mais tarde, o TJ vem aperfeiçoar a questão de a diretiva ter sido ou não corretamente e atempadamente transposta com base no argumento *venire contra factum proprium*, abuso de direito ou *estoppel*. A questão de o particular poder invocar uma diretiva para defender os seus direitos só se põe no caso de a diretiva não tiver sido transposta, ou se tiver sido mal transposta.

O TJ chega à conclusão de que a diretiva pode ter efeito direto quando padecer destes problemas para impedir que o Estado invoque a não transposição para não ter a aplicar, o que é claramente um caso de *venire contra factum proprium*, abuso de direito. O Estado não pode prevalecer-se do seu próprio incumprimento para negar direitos aos particulares que não podem ser prejudicados pela falha do seu Estado.

Para que uma diretiva produza efeitos diretamente, partindo do pressuposto que os direitos que ela atribui aos particulares estão nítidos na diretiva, tem de ter **disposições claras, concretas e precisas**. Além disso, as diretivas só são vinculativas se ainda não tiverem sido transportadas. Caso contrário, os litígios resolvem-se não com a diretiva, mas com a lei que a tenha transposto correta e atempadamente. De uma forma simples, as diretivas só valem quando o Estado estiver em incumprimento.

A ação por incumprimento pode ser intentada pela Comissão Europeia. Os Estados membros também podem intentar estas ações uns contra os outros, mas a prática tem sido não o fazerem e deixar esta função à Comissão. Dizemos que a ação por incumprimento repousa, no essencial, na comissão europeia, mas esta pode ser levada a intentar uma ação a partir de uma queixa de um particular ou de um outro Estado membro. Muitas vezes, este último prefere “fazer queixinhas” em vez “dar a cara”. A Comissão disfruta de uma ampla margem de discricionariedade na interposição destas ações.

Pequeno caso prático

E se concluíssemos que efetivamente um Estado membro não transpôs a diretiva e, portanto, a autoridade administrativa competente adotou uma decisão de não admissão de uma cidadã de outro Estado no seu território para exercer o seu direito à

livre circulação de trabalhadores? Não sendo transposta a diretiva, a autoridade tinha tomado uma decisão sem satisfazer a exigência da diretiva em causa: fundamento exclusivamente baseado no comportamento da cidadã em causa. **Quid juris?**

Tendo a cidadã alegado que a decisão tomada é ilegal com base na falta de transposição, como pode agir o juiz? Já não vale a pena falarmos em colocar a questão ao TJ porque esta matéria já estava tratada em jurisprudência, no caso *Van Duyn*, onde o TJ disse que aquela disposição da diretiva era suficientemente clara, precisa e incondicional para produzir efeito direto, uma vez não cumprida a transposição.

Ora, se a disposição tem efeito direto, pode servir para o juiz nacional resolver o caso concreto. Acontece que o juiz não se pode substituir ao administrador. O que faz é anular o ato administrativo que é ilegal pelo não cumprimento do fundamento exigido. Consequentemente o administrador vai praticar um novo ato fundado exclusivamente no comportamento da cidadã. Ou seja, o ato era ilegal por fundamento indevido, logo as entidades competentes praticam um novo com o fundamento certo, mesmo que a decisão seja na mesma a da proibição de entrada no Estado membro em causa.

Análise do Acórdão *Dori*

Contextualização

Este acórdão, ao contrário do acórdão *Van Duyn*, trata de uma **relação horizontal**, ou seja, **entre dois particulares**, neste caso uma empresa e uma cidadã italiana. A nossa constituição refere-se às relações horizontais a propósito dos direitos fundamentais, **Art.º 18 CRP**. Diz este artigo que os direitos fundamentais têm eficácia jurídica entre particulares, isto é, não relevam apenas do ponto de vista das relações ditas verticais, entre os particulares e a administração pública. Esta definição de relações horizontais fornecida pela disposição constitucional é muito clara.

A melhor forma de averiguar a eficácia dos direitos fundamentais é através da concordância prática entre o princípio da eficácia horizontal destes direitos e o princípio da autonomia privada. Falamos nisto porque, da mesma forma que na CRP se diz que os direitos fundamentais têm eficácia horizontal, dizemos em contrapartida que as **diretivas não transpostas não possuem eficácia horizontal**.

O que estava aqui em casa? A senhora Dori estava na estação de Milão e foi “assaltada” por um funcionário que a impingiu um curso de inglês por correspondência. Como cidadã informada, sabia que a diretiva protegia os particulares do assédio comercial por parte das empresas fora dos estabelecimentos comerciais. A senhora chegou a casa e percebeu que tinha contraído um negócio, mas sabia da diretiva que lhe dava o direito de rescindir o contrato através de uma carta registada.

A empresa, que, entretanto, mudou de nome, tomou conhecimento da carta e recusou a resolução do contrato, apoiando-se no argumento de que a senhora tinha por base uma disposição que não existia no direito italiano. E de facto tinha razão, dado que a diretiva não tinha sido transposta para o direito interno.

Para grande surpresa da senhora Dori, passado uns tempos, recebeu uma carta que exigia o pagamento das despesas do curso acrescidas de juros, a requerimento do juiz de Florença. Tratava-se de uma injunção de pagamento. O juiz preparava-se para executar aquela injunção com um fundamento muito simples que vem indicado no **ponto 8** do acórdão: à data dos factos, a diretiva não tinha sido transposta e, por isso, não valia. Estamos a falar de um prazo que expirou em 1987 e a transposição só se deu em 1992.

A senhora *Dori* recusou-se a pagar, argumentando que não podia ser prejudicada pelo incumprimento do seu Estado. A pergunta do juiz italiano encontra-se no **segundo parágrafo do ponto 10**. O juiz sabia que a diretiva não tinha sido transposta, mas também sabia que ainda assim poderia ser utilizada para a resolução de litígios caso se tratasse de uma relação vertical e caso as suas disposições fossem claras, precisas e incondicionais. A dúvida coloca-se pelo facto de desta vez estarmos perante uma relação horizontal, entre a empresa privada e a cidadã.

O TJ entende que, neste caso, deve começar por averiguar se as disposições são claras, precisas e incondicionais. É um exercício de elucidação, ao fim e ao cabo. No caso de uma diretiva esta análise põe-se com muito cuidado porque está na sua essência dar opções e discricionariedade para a sua transposição. O TJ entende que esta questão de determinar se aquelas disposições podiam de facto ser claras, precisas e incondicionais é uma questão prévia que convém resolver, para perceber se são aplicáveis ou não no caso.

Análise do Acórdão

As disposições em causa denotavam, de facto, muita discricionariedade. Por um lado, porque as empresas tinham de informar o cliente do direito de rescisão contido na diretiva e, por outro, porque o prazo para a reclamação poderia ser alterado.

Normalmente, o prazo contava-se a partir do momento em que a empresa vendedora fornecesse a informação ao devedor. Portanto, chega-se à conclusão de que as normas da diretiva não transporta eram claras, precisas e incondicionais no sentido em que davam ao particular o direito de rescindir do contrato no prazo de 7 dias. O TJ observa esta questão no **ponto 18**.

Isto não significa que o TJ tenha de dar razão à senhora, permitindo que o tribunal nacional resolva o litígio a seu favor e com base na diretiva. No entanto, isto também não significa que o particular não pudesse ver o seu direito garantido de outra forma, porque se assim fosse, estávamos a dar ao Estado a faculdade de se prevalecer do seu próprio incumprimento.

Estamos perante uma relação horizontal porque entre a senhora *Dori*, pessoa singular, e a empresa, pessoa coletiva, nenhuma parte tem perante a outra poderes de autoridade, estando entre si em pé de igualdade. O TJ diz que uma diretiva não transposta, mesmo que as suas disposições sejam claras, precisas e incondicionais, **não pode ser utilizada para resolver um litígio entre particulares**, entre privados, numa relação horizontal.

Isto porque a jurisprudência constante e firme do TJ diz que a diretiva cria obrigações para os estados membros, desde logo, a boa e atempada transposição. Diz-nos ainda que, em caso de incumprimento dessa obrigação, a diretiva pode eventualmente criar direitos para os particulares. Contudo, **não pode criar diretamente obrigações para os particulares**. O TJ justifica esta tomada de posição com o facto de que, se assim fosse, esta fonte de direito da UE teria o mesmo valor que o regulamento e esse não é o espírito do **Art.º 288 TFUE**.

Aprofundando a análise da questão temos outro problema. A diretiva não foi transposta e, por essa razão, as suas normas e as regras que cria não existem no direito italiano. Se o TJ permitisse que a o tribunal nacional utilizasse as disposições dessa diretiva que criava os direitos exercidos pela senhora *Dori*, estaria a obrigar a empresa a aceitar a rescisão do contrato diretamente com fundamento imposto pela diretiva. Isto seria criar uma obrigação para um particular (empresa), o que, como dissemos, não pode acontecer. Esta é a razão fundamental pela qual a diretiva **não pode produzir efeito direto horizontal**, muito simplesmente explicada.

Contudo, esta história não pode acabar aqui, há um **plano B** que tem diretamente que ver com um conceito de direito constitucional: o **princípio da interpretação conforme**. O princípio da interpretação conforme à constituição manda que as normas infraconstitucionais, que estão normalmente sujeitas a várias interpretações, sejam sempre interpretadas em conformidade com a constituição e com os direitos fundamentais nela consagrados. Portanto, entre duas interpretações distintas de uma norma infraconstitucional, o intérprete deve escolher aquela que se aproximar mais da constituição. É claro que se uma delas for contrária à constituição, este problema nem se coloca.

Em certos casos, esta interpretação conforme pode até resultar em duas interpretações possivelmente contraditórias. Esta interpretação tanto pode redundar numa interpretação restritiva, como numa interpretação extensiva, só não pode ser uma interpretação *contra legem*. Por outras palavras, o grande limite à interpretação conforme é a letra da lei, ou seja, não se pode fazer uma interpretação que passe por cima da letra da lei.

Um exemplo clássico de interpretação *contra legem*: nos crimes sexuais, por proteção da vítima, permite-se que esta não deponha em frente do agressor, podendo o seu depoimento ser recolhido fora da audiência do julgamento. Este é um caso excepcional ao princípio do contraditório. Se tentássemos aplicar esta regra a outros crimes de menor gravidade, estaríamos a fazer uma interpretação sem suporte literal porque diz “só nos crimes sexuais” e não “designadamente” ou “por exemplo”.

O que o TJ vem dizer é que, de facto, este litígio não pode ser resolvido através do efeito direto da disposição da diretiva porque vai criar uma obrigação para uma das partes, mas eventualmente poder-se-á tentar interpretar o direito nacional em conformidade com a diretiva não transposta.

É isto que é frisado no **ponto 26**, onde o TJ cita jurisprudência: “(...) ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à diretiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo, é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189 [atualmente revogado], terceiro parágrafo, do Tratado”.

O TJ refere o acórdão *Marleasing*, onde a interpretação conforme à diretiva levou a uma interpretação restritiva de uma norma nacional aplicada ao caso concreto, limitando as causas de dissolução das sociedades comerciais. A lei espanhola vigente ao momento dos factos tinha uma visão alargada, dando mais causas de dissolução das sociedades comerciais. Podia o juiz nacional fundar a dissolução da sociedade comercial numa causa prevista pelo direito nacional, mas proibida pela diretiva? É aqui que se põe em pleno a questão da interpretação da lei nacional com a diretiva. A resposta foi fazer uma interpretação restritiva da disposição nacional, de forma a ser conforme à diretiva.

Neste caso concreto, *Dori*, o TJ não se pode obviamente substituir ao juiz nacional, mas pode e deve procurar interpretar o direito nacional em conformidade com a diretiva. Teria de procurar normas que previssem fundamentos de rescisão dos contratos, bem como perceber se estavam em termos exemplificativos ou taxativos.

Esta busca de uma interpretação do direito nacional em conformidade com a diretiva redundaria numa interpretação extensiva. Não é previsível que a legislação nacional fosse absolutamente taxativa quanto à resolução dos contratos, em nome designadamente do princípio da autonomia privada. Não seria de excluir, muito pelo contrário, que o juiz viesse a dar razão à senhora *Dori*, não através da tal diretiva, mas através de uma interpretação extensiva de uma qualquer lei italiana sobre os fundamentos de rescisão do contrato em conformidade com a diretiva. Esta interessante operação hermenêutica ficará ainda mais clara quando falarmos do acórdão *Dominguez*.

É importante não nos esquecermos, contudo, de que este é uma espécie de plano B. Não sendo possível aplicar a diretiva diretamente ao caso concreto por ser uma relação horizontal, seria possível interpretar a legislação nacional em matéria de fundamentos da rescisão de contrato extensivamente de modo a fazer caber esta causa no direito interno italiano.

No caso concreto não era previsível que acontecesse, mas vamos supor que não era possível dar razão à senhora *Dori* através da interpretação da lei nacional em conformidade com a diretiva porque redundava numa interpretação *contra legem* ou porque punha em causa o princípio da segurança jurídica. Se assim fosse, teríamos aquilo que chamamos de **plano C**, que é o que vem previsto no **ponto 27**, cabendo ao Estado indemnizar a senhora. A não transposição atempada que cause prejuízo aos cidadãos pode conceder ao particular o direito de se ressarcir, mediante numa **ação de responsabilidade contra o Estado incumpridor**.

Isto significa que o Estado pode ter de vir a pagar, num quadro de uma ação por incumprimento, mas também numa ação por responsabilidade intentada pelo particular prejudicado junto do tribunal nacional. Estas são duas vias paralelas, não se cruzam. Este plano C, ação de responsabilidade contra o Estado, é um pouco mais gravoso para o particular uma vez que implica um novo processo. Então, sendo este o caminho a seguir, a senhora *Dori* tinha de pagar o preço que a empresa estava a pedir e só depois na ação contra o Estado incumpridor é que se podia ressarcir daquilo que tinha pago e de todos os danos adjacentes, danos morais, por exemplo. Daí que seja o plano C: só entra em ação quando o A e o B tiverem falhado.

Na parte dispositiva do acórdão (parte da decisão, parte final), lemos no **nº1** que aquelas disposições da diretiva até eram claras precisas e incondicionais, podendo ter sido aplicadas se não estivéssemos perante uma relação horizontal, porque criaria obrigações para a empresa, entidade particular, como se diz no **nº2**. Não sendo a aplicação direta possível, diz-nos o **nº3** que deve ser seguida uma interpretação conforme. Não fala no plano C porque já sabe que o problema vai ficar resolvido pelo plano B, isto é, através de uma interpretação conforme.

Análise do Acórdão *Dominguez*

Contextualização

A dúvida que o acórdão *Dominguez* vem introduzir é se afinal a obrigação de interpretação conforme, plano B no caso *Dori*, deve passar a ser o plano A. É um acórdão muito interessante que ilustra claramente as dúvidas que podem surgir para o juiz nacional acerca do confronto entre normas nacionais que aparentemente transpuseram a diretiva, mas deixam algumas dúvidas quanto à sua plena conformidade com a mesma. Através da leitura deste acórdão fica um pouco a dúvida sobre se o TJ, ao seguir o método que seguiu, não terá invertido um pouco a ordem dos planos de concessão de plena eficácia às diretivas mesmo que não tenham sido transpostas atempadamente.

Num acórdão mais recente em que o tema se tratou a 10 de outubro de 2017, o TJ cita essencialmente o acórdão *Dori*. Seria interessante perceber qual a frequência da citação do acórdão *Dominguez* em acórdãos posteriores e de que modo é que é reproduzido. A dúvida que fica é se a inversão de planos que o TJ fez no *Dominguez* antepondo aquele que era o plano B ao plano A que tínhamos visto no *Dori*, foi determinado apenas em função das características daquele caso concreto, ou por ventura, se o TJ pretendia que, a partir de então, este método na concessão de efeito da plena eficácia da diretiva fosse sistematicamente seguido.

Este acórdão destaca-se, em primeiro lugar, por ser extremamente elucidativo acerca das questões que podem surgir para o juiz nacional acerca do confronto entre normas nacionais que aparentemente transpuseram a diretiva, mas deixam algumas dúvidas quanto à sua plena conformidade com a mesma. Este é o ponto principal.

Em segundo lugar, já que a diretiva em causa está ligada ao direito do trabalho e ao direito a férias, ambos direitos económicos, este acórdão acaba por responder à crítica de quem diz que a UE é ultra liberal e não se funda nos direitos sociais.

As disposições que estavam em causa eram as seguintes:

→ **diretiva 2003/88/CE, artigo 7º, nº1**

Sob a epígrafe férias anuais, lê-se: “os Estados Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os trabalhadores beneficiem de férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas, de acordo com as condições de obtenção de concessão previstas nas legislações e/ou práticas nacionais.”

→ **Legislação nacional**

“O trabalhador que, durante o ano de referência, comprove que trabalhou para o mesmo empregador durante um período equivalente, no mínimo a um mês de trabalho efetivo, tem direito a férias cuja duração é determinada à razão de 2,5 dias úteis por cada mês de trabalho, não podendo a duração total do período de férias exceder 30 dias úteis.”

O juiz francês que se deparou com estes diplomas tinha dúvidas a saber se a legislação nacional respeita a disposição da diretiva e ainda saber se pode ser ou não alvo de uma interpretação conforme. A resposta do TJ surpreendeu muitos, já que em vez de dizer que era preciso procurar saber se a diretiva tem ou não efeito direto através de uma operação hermenêutica para saber se as disposições são claras precisas e condicionais, disse antes que, havendo dúvidas sobre a compatibilidade das disposições, a primeira coisa a fazer seria tentar uma interpretação conforme do direito nacional à diretiva.

Então, há uma disposição interna que tem uma relação de transposição entre a diretiva e o direito nacional, cuja compatibilidade deixa dúvidas e que o juiz tem de procurar resolver não só pela interpretação dessa disposição, mas pela análise de todas as normas de direito nacional que tratem do mesmo assunto para saber se estas eram conformes com a diretiva.

Qual é o litígio que se suscitou no caso concreto? A particular *Dominguez* trabalhava para uma empresa e na sequência de um acidente no itinerário para o trabalho, ficou mais de um ano de baixa médica. Quando finalmente voltou ao serviço, colocava-se naturalmente a questão sobre as férias relativas ao ano em que esteve de baixa. Isto porque a senhora, apesar de ter estado em casa, não gozou de férias efetivas.

A entidade para quem ela trabalhava dizia que a senhora *Dominguez* não tinha direito a férias, sustentando a sua posição na disposição nacional que diz que para se ter direito a férias tem de se ter trabalhado durante um período equivalente, no mínimo a um mês de trabalho efetivo.

O litígio inicia-se quando a empresa nega o direito a férias da senhora que, considerando-se no direito de ter férias, recorre ao tribunal do trabalho. O Conselho deste tribunal percebe que a questão não é evidente e questiona sobre a correção da transposição da diretiva já que a legislação nacional difere da diretiva pela imposição desta condição e por até prever mais tempo de férias.

Análise do acórdão

O juiz francês, tendo de resolver o litígio pergunta ao TJ acerca da interpretação da diretiva porventura mal ou incompletamente transposta para o seu ordenamento. A primeira questão prejudicial que coloca, no considerando 14, é saber se esta disposição nacional é incompatível com a disposição da diretiva. Reconhece que há uma relação direta entre estas duas normas sobre direito a férias anuais, mas questiona a sua compatibilidade.

No ponto 15, o TJ diz como é que entende esta pergunta. No fundo, é preciso saber se o legislador nacional pode fazer depender o direito a férias àquela condição de trabalho no período anterior, quando o que está em causa é um acidente de serviço e não propriamente faltas por razões de lazer. Se o TJ seguisse o método jurídico do acórdão *Dori*, a primeira coisa que faria era perceber se a disposição é clara, precisa e incondicional para se, caso se chegasse à conclusão que havia conflito, a norma da diretiva que tivesse estas características teria efeito direto, caso se tratasse de uma relação vertical.

Contudo, não foi esse o método seguido pelo TJ. No ponto 23, há uma mudança de método, já que o TJ começa por assinalar que a questão de saber se uma disposição nacional, na medida em que seja contrária ao direito da União, deve deixar de ser aplicável só se coloca se uma interpretação conforme desta disposição não for possível.

Assim, o TJ vem dizer que a questão não é a não transposição, mas a eventual desconformidade da transposição perante o artigo 7º da diretiva. Ou seja, quanto muito estaríamos perante uma diretiva mal ou insuficientemente transposta.

O TJ cita vários acórdãos para dizer que a obrigação da interpretação conforme é inerente à plena eficácia do direito da UE no direito nacional, conferida pelos juízes nacionais. Fica muito claro que para interpretar de forma conforme temos de ir buscar outras disposições do código de trabalho que também tratem das condições de obtenção e de concessão de férias. Tal como previstas na última parte do nº1 do artigo 7º da diretiva.

É, porventura, a partir de uma dessas outras disposições nacionais que vamos conseguir salvar a disposição de transposição que estabelece uma condição que eventualmente pode contrariar o conteúdo essencial da diretiva. O conceito de garantia do conteúdo essencial vem previsto na nossa CRP no artigo 18 a propósito das restrições aos direitos fundamentais que nos diz que é possível restringir um direito fundamental, mas não se pode por em causa o seu conteúdo fundamental.

Assim sendo, a solução da questão passa por perceber se não haverá nas disposições sobre a obtenção de concessão do direito a férias, algo que permita salvar o caso concreto, já que aplicar a disposição de transposição redundava numa recusa do direito a férias da senhora *Dominguez*, que não trabalhou nada porque não pode trabalhar nada. Aqui entramos na discussão sobre se o período de baixa pode ser equiparado ao período de férias ou a um período de trabalho efetivo.

Resulta da lei francesa que períodos de baixa podem ser equiparados a períodos de trabalho efetivo, para efeitos de férias. Isto ao abrigo do **artigo L. 223 – 4 code du travail**, transcrito no ponto 8 do acórdão: «Para efeitos da determinação da duração das férias, são equiparados a um mês de trabalho efetivo os períodos equivalentes a quatro semanas ou vinte e quatro dias de trabalho. Os períodos de férias remuneradas, os descansos compensatórios [...], os períodos de licença por maternidade [...], os dias de descanso ao abrigo da redução do tempo de trabalho e os períodos limitados a uma duração ininterrupta de um ano durante os quais a execução do contrato de trabalho está suspensa devido a acidente de trabalho ou doença profissional são considerados períodos de trabalho efetivo [...]»

Contudo a senhora *Dominguez* não se enquadrava em nenhum dos casos de figura desta disposição. Sendo um acidente a caminho do trabalho não é um acidente de trabalho nem é uma doença profissional, portanto esta outra disposição da legislação francesa que convinha chamar à colação não se poderia aplicar pois literalmente apenas equipara a baixa por acidente de trabalho a períodos de trabalho efetivo e não a baixa por acidente *in itinere*.

A única maneira de incluir o caso concreto é fazer uma interpretação extensiva da disposição, colocando a uma baixa por acidente a caminho do trabalho ao lado da baixa por acidente no trabalho ou a baixa por doença profissional expressamente previstas e, desta forma, o tempo que esteve de baixa vai ser equiparado a tempo de trabalho efetivo, cabendo o caso da senhora *Dominguez* na condição da disposição de transposição da diretiva.

O TJ confia a tarefa de interpretação conforme ao tribunal nacional. Em princípio não há obstáculos a essa interpretação extensiva em conformidade com a diretiva, contudo o TJ no limite não exclui que esta interpretação conforme se revele impossível. Acrescenta que, no caso de tal interpretação não ser possível, importa examinar se o artigo 7º nº1 da diretiva produz efeito direto e, sendo caso disso, se a senhora *Dominguez* pode invocá-lo contra os recorridos no processo judicial, em particular contra o seu empregador.

Ora, tínhamos visto no caso *Dori* que primeiro procurávamos saber se a diretiva tem efeito direto, isto se as suas disposições forem claras, precisas e incondicionais, e se a relação em causa é vertical (plano A), depois, se necessário, passava-se à interpretação conforme (plano B) e, sendo a interpretação conforme impossível, passávamos para a ação por responsabilidade (plano C). O que há de novo neste caso *Dominguez* é que o TJ indica primeiro o plano B e diz que antes de irmos para o C, temos de passar pelo A.

CIDADANIA EUROPEIA

Nota: importa ver o powerpoint sobre a aula do professor Guiseppe Martinico.

Direitos fundamentais da cidadania europeia – artigos 20º e 21º TFUE

Os cidadãos da UE são os cidadãos dos Estados membros. Um dos direitos principais é o direito previsto pelos **artigos 20º n.º 2 a) e 21º TFUE**: circular e permanecer livremente nos Estados membros. Diz o TJ que estas duas disposições são fundamentais no que toca a este ponto. A carta dos direitos fundamentais também prevê este direito, mas tem uma disposição que diz que quando há disposições do tratado sobre a mesma referência, prevalecem as dos tratados. Portanto, o **artigo 45º** da carta remete para os **artigos 20º e 21º TFUE** por estes serem mais específicos.

A nível legislativo há uma diretiva fundamental de que já falamos, a **diretiva 2004/38 de 29 de abril**, que trata do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da união e das suas famílias no território dos estados membros. Esta é na realidade a legislação que desenvolve os tais artigos do TFUE a este respeito. O âmbito de aplicação desta diretiva está restrito aos cidadãos da UE que efetivamente circulam como os estudantes que vão viver com a família para outro Estado membro ou estudar, por exemplo.

Portanto, significa que esta **diretiva tem o seu âmbito de aplicação circunscrito aos cidadãos da UE que utilizam ativamente o seu direito de livre circulação**. Significa que o estudante ou o trabalhador independente que se desloca tem uma série de direitos e, desde logo, o direito ao reagrupamento familiar. Esta diretiva prevê a regulação deste direito mediante os períodos de tempo em que os sujeitos se mantêm no novo território, mas não vamos analisar a diretiva ao pormenor em aula. O que importa reter é que para um cidadão da UE entrar no âmbito desta diretiva, tem de utilizar ativamente a sua liberdade de circulação.

Isto significa que àqueles cidadãos da UE que não fazem uso da liberdade de circulação, permanecendo sempre no seu estado membro, ser-lhes-á aplicado o que a lei interna previr. Isto pode dar lugar a **discriminações inversas ou discriminações contra os próprios nacionais**.

Vamos imaginar que sou casado com uma cidadã brasileira, nacional de um país terceiro, e aceito uma oferta de emprego para ir para a Alemanha. Vai ser esta diretiva que, em determinados artigos, me vais dizer quais são os meus direitos enquanto cidadão da UE que quer viver noutra estado com o meu cônjuge e quais os direitos desse cônjuge. Vai determinar quais os meus direitos no que toca ao reagrupamento familiar.

Ora, se a ideia é fomentar o uso do direito de circulação, é natural que a diretiva encare generosamente o reagrupamento familiar, ao contrário de algumas leis nacionais que são muito mais restritivas com este assunto, levantando muito mais obstáculos do que a diretiva para que esta situação se efetive, o que pode até ser incompatível com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Para com os cidadãos desse Estado que tem essas leis e que não exercem o direito de livre circulação é essa lei nacional que funciona e o direito da UE não tem nada a ver com o assunto.

Isto significa, e o caso *Zambrano* é um bom exemplo disso, que disposições nacionais como as da lei holandesa que é altamente restritiva quanto à regulação que faz do reagrupamento familiar geram as chamadas discriminações inversas ou contra os próprios nacionais.

Acontece que os interessados tentam fazer com o que o direito da UE ponha fim às discriminações contra os nacionais que não usam esta liberdade. Aquilo que o TJ tem dito quando, por exemplo, é confrontado no quadro do reenvio prejudicial, com um litígio que envolve um cidadão que nunca fez uso dessa liberdade e quer reagrupar com um terceiro, é que são assuntos internos e que cabe ao estado membro do nacional decidir. A discriminação acontece porque um nacional da Alemanha que use esta liberdade terá mais facilidade em reagrupar-se cá, do que eu que não uso e quero trazer uma mulher de outro país.

Temos aqui dois tipos de situações:

- ➔ situações que são corrigidas pela diretiva, porque os sujeitos usam a sua liberdade de circulação.
- ➔ Situações puramente internas porque os sujeitos nunca exerceram a liberdade de circulação.

Uma das consequências é que, aqueles que não exercem a sua liberdade de circulação, não caíndo, portanto, no âmbito da diretiva, podem deparar-se com mais restrições que não afetam os cidadãos de outros estados membros que se deslocem para o seu. Isto designadamente no que toca ao direito de reagrupamento familiar. O caso mais extremo, ou o que desencadeou esta corrente jurisprudencial, foi o caso *Zambrano*.

Análise do acórdão Zambrano

Contextualização

Gerardo Ruiz Zambrano, nacional colombiano, refugiou-se na Bélgica, juntamente com a sua mulher, colombiana, tendo pedido asilo político, o qual veio a ser negado. As autoridades belgas recusaram a autorização de residência ao casal, apesar de terem dois filhos menores com nacionalidade belga e sempre terem residido nesse Estado.

Dada a dependência das crianças para com os pais, uma vez negado o direito de residência a estes, também os filhos perdem a possibilidade de ficar na Bélgica e tem de ir com os seus progenitores para a Colômbia.

Uma vez que estes menores, apesar de cidadãos da UE, nunca usaram o seu direito de liberdade de circulação, não estão abrangidos pelas disposições da diretiva, logo estas não são aplicáveis ao litígio. A questão prejudicial visava precisamente saber se podiam ser aplicadas *in casu* as regras da cidadania a uma situação aparentemente interna.

Análise do acórdão

O TJ, tendo a noção de que estava a pisar terreno delicado, por isto ser uma questão de direito interno, toma uma decisão muito controversa e vem utilizar uma expressão que em português quer dizer “gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadania europeia”. Utilizando a expressão da CRP, isto significa “o conteúdo essencial do direito de cidadania”.

Sabemos que o **artigo 20º TFUE** diz que os cidadãos gozam do direito de liberdade circulação e estabelecimento no território dos Estados membros, mas onde fica esse direito, ou o seu conteúdo essencial, se a legislação belga obriga estes cidadãos a sair? Este é o ponto essencial do acórdão Zambrano.

A novidade aqui é que o TJ vem dizer que, excecionalmente, **a situação deixa de ser qualificada como uma situação puramente interna, quando esteja em causa o gozo efetivo do essencial do direito de permanecer livremente no território da UE**. Desta forma, o TJ diz que apesar de a situação ser, em si, puramente interna não sendo abrangida pela diretiva, mesmo assim entra no âmbito do direito da UE e cai sobre a alçada dos **artigos 20º e 21º TFUE**. Isto porque se nada fosse feito, o conteúdo essencial do direito de permanecer no território dos estados membros daqueles menores, cidadãos da UE, ficaria reduzido a zero.

Deste modo, e apesar de muita controvérsia, os juízes entenderam que esta situação, não podendo ser aplicada a diretiva, resolvia-se a favor dos cidadãos pela via dos **artigos 20º e 21º TFUE**, de forma a dar resposta à patologia do direito belga que resultava na expulsão de cidadãos nacionais para fora da UE, salvaguardando assim, o conteúdo essencial do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados membros.

Contudo, o TJ reitera que isto só se poderá aplicar assim em situações muito excecionais. Por sua vez, o professor Nuno Piçarra discorda dizendo que quanto está em causa o conteúdo essencial de um direito, a sua tutela nunca deve ser excecional.

Muitos criticaram este acórdão e esta solução do TJ, sobretudo os eurocéticos, por consideraram que se abriu um precedente para aceitar toda a gente do resto do mundo no território dos Estados membros. O professor além de discordar com essa afirmação explicou que a campanha de que este acórdão foi alvo, foi lamentável por terem sido utilizadas muitas mentiras.

Jurisprudência subsequente

Subsequentemente surge o **acórdão McCarthy**. O que estava em causa? McCarthy, uma nacional do Reino Unido, onde residiu durante toda a sua vida, possui igualmente nacionalidade irlandesa. McCarthy casou com um cidadão da Jamaica, tendo requerido um título de residência para o marido, o qual foi indeferido, e por esse motivo objeto de recurso. Neste contexto, o *Supreme Court* questionou o TJ sobre a possibilidade de aplicação da diretiva 2004/38 *in casu*.

Este acórdão, em comparação com as conclusões da advogada geral, teve uma fundamentação muito breve, o que se justifica pelas divergências internas do TJ. Há aqui um claro recuo no que toca a este assunto, muito motivado pela campanha da qual foi alvo o acórdão *Zambrano*.

A jurisprudência complexificou-se e até houve casos onde o TJ fundamentou a legitimidade da lei que impedia o progenitor de um estado terceiro de ficar em território de um Estado membro para assistir a um cidadão de tenra idade. Isto porque nesse caso concreto, o outro progenitor estava em França, logo, mesmo que a mãe fosse expulsa para um Estado terceiro, a filha não via o seu direito afetado já que podia ficar com o pai em França. Esta solução é altamente duvidosa tendo em conta o interesse da criança, mas isto são outras questões e não vamos entrar por aí.

Análise do acórdão C – 304/14 CS

Contextualização

Este é um acórdão muito interessante em que o litígio surge a propósito de uma decisão de expulsão de uma nacional de um país terceiro do Reino Unido, na sequência de ter cumprido uma sentença de prisão de um ano. Essa senhora, nacional de um estado terceiro, tinha no Reino Unido uma filha menor de tenra idade e, portanto, se a decisão de expulsão fosse consumada, visto que era ela que tinha a guarda da criança, cidadã britânica, a menina também teria de abandonar o país, ficando o conteúdo essencial do seu direito a permanecer na UE reduzido a zero.

Se isto se pudesse resolver pela diretiva, a automaticidade da expulsão não era aceitável, já que, nos termos da diretiva, um caso deste tipo obriga o Estado membro de acolhimento a proceder a uma extensa análise das circunstâncias pessoais e justificar a eventual recusa da pessoa em causa. Por outras palavras, quando se aplica a diretiva, o reagrupamento familiar não pode ser posto em causa automaticamente pela expulsão do cidadão de país terceiro sem uma extensa análise das circunstâncias pessoais e sem uma justificação palpável para a recusa de entrada ou permanência no território de um Estado membro. O problema aqui é que a diretiva não é aplicável, já que o caso é puramente interno, devendo aplicar-se a lei nacional britânica.

A lei britânica diz basicamente que quando uma pessoa, que não é cidadã nacional, é considerada culpada e punida com prisão no Reino Unido, deve o ministro do interior adotar uma decisão de expulsão. O legislador britânico diz ainda que esta obrigação de expulsão, por parte da autoridade, fica excluída quando o afastamento violar os direitos de que o infrator é titular nos termos dos Tratados.

Neste caso, o direito que o infrator aspira nos termos da diretiva, é o direito ao reagrupamento familiar. Contudo, não sendo um direito absoluto, não exclui a recusa. O que acontece é que, à partida, a senhora não está abrangida pela diretiva e, aparentemente, não há nenhum direito dos Tratados de que ela possa gozar, porque é uma situação puramente interna. Quanto muito, aplicar-se-ão os **artigos 20º e 21º TFUE**.

Por exemplo, em Portugal, ao contrário do que se passa no Reino Unido e na Holanda, estas discriminações são inexistentes, dado que a nossa legislação que trata do reagrupamento familiar é muito semelhante à da UE. Isto significa que, no caso português os cidadãos que não usam muito a liberdade de circulação, não vão ser discriminados, isto é, não vão sofrer das tais discriminações inversas.

Análise do acórdão (é preciso confirmar os considerandos no acórdão)

O ponto 6 do acórdão refere que a versão alterada da lei britânica toma em consideração o acórdão *Zambrano*. Portanto, da lei britânica em causa resulta que é possível recusar o direito de residência da pessoa que normalmente pode invocar esse direito nos termos do **artigo 20º** tal como interpretado pelo TJ no caso *Zambrano*, desde que verificadas determinadas condições.

Se estas limitações ao direito são possíveis, importa agora perceber até onde é que podem ir, já que acabamos por perceber que esta não é uma liberdade absoluta. É importante ver se pode ir até ao ponto de aniquilar o conteúdo essencial, mas o TJ deixa esta questão o a cargo dos tribunais nacionais. No final de contas, perceber se deve ou não prevalecer o conteúdo essencial do direito, é uma questão constitucional.

Dessa decisão de expulsão, que é um ato administrativo, a senhora recorre para o tribunal nacional competente. E o tribunal britânico diz, no ponto 17, que um cidadão da UE não pode ser objeto de uma expulsão implícita do território da união, na medida em que esta obrigação não contempla exceções, mesmo que os pais tenham antecedentes criminais. Acrescenta que esta decisão viola os direitos da criança, contraídos ao abrigo da cidadania europeia, sobretudo nos termos do **artigo 20º**. Esta decisão vai no sentido de haver aqui um conteúdo essencial deste direito que deve ser protegido.

A consequência que daqui advém para o nacional de país terceiro, neste caso a mãe, é que esta não pode ser expulsa, em ordem a salvaguardar o conteúdo essencial da cidadã britânica, a filha. O tribunal britânico tem uma conceção que comunga da ideia de que há um conteúdo essencial do direito de permanência que não pode ser violado em circunstância alguma, ainda que isso implique que os pais tenham de ficar com ele. Trata-se de proteger o conteúdo essencial do direito do qual goza a cidadã britânica. Se fosse um adulto, o cenário poderia ser diferente, mas aqui estão em causa os direitos da criança, cidadã da UE.

Desta decisão, houve recurso nos termos habituais. Foi o próprio ministro do interior que contestou esta ideia do juiz de primeira instância numa segunda instância, alegando que o direito da união, ponto 18, não se oponha a que a senhora CS fosse expulsa para o estado de origem, mesmo que isso privasse a sua filha do gozo essencial do direito. Portanto, diz que há interesses que se sobrepõem ao conteúdo essencial do direito. O executivo reitera que esta senhora deve ser expulsa, mesmo que isso consubstancie uma privação de alguns direitos para a sua filha.

Perante isto, o juiz do *Upper Tribunal* suspendeu a instância e submeteu ao TJ três questões prejudiciais que, na ótica do professor, foram muito bem colocadas:

- ➔ 1) O direito da União Europeia, em especial o artigo 20º TFUE, impede um Estado-Membro de expulsar do seu território para um país que não pertence à União um nacional de um país terceiro que é o progenitor que tem a guarda efetiva de um menor cidadão desse Estado-Membro (e, por conseguinte, um cidadão da União), quando essa expulsão privar o menor do gozo efetivo do essencial dos seus direitos enquanto cidadão da União Europeia?
- ➔ 2) Em caso de resposta negativa à primeira questão, em que circunstâncias essa expulsão pode ser permitida nos termos do direito da União Europeia?
- ➔ 3) Em caso de resposta negativa à primeira questão, em que medida, se for caso disso, os artigos 27º e 28º da Diretiva 2004/38 servem de fundamento à resposta a dar à segunda questão?

Este tribunal mostra que sabe muito bem qual o conteúdo essencial do direito e, se ele existir, considera que a mãe não pode ser expulsa. Caso contrário, não há qualquer proteção. Não estamos aqui a falar de direitos fundamentais para um nacional de estado terceiro, a mãe, mas sim para um cidadão britânico, a sua filha. Este ponto é essencial.

A última questão é muito inteligente porque o juiz britânico chama a diretiva à colação. Faz isto mesmo sabendo à partida que se está numa situação puramente interna e a diretiva é insuscetível de aplicação neste caso, porque a diretiva tem uma solução muito clara. No fundo, o que o juiz pergunta é se é possível aplicá-la por analogia, o que poderá afastar as discriminações contra os próprios nacionais.

O TJ começa por dizer que entende que se justifica transformar estas três questões numa só: saber se o **artigo 20º** pode ser preferido à legislação britânica quando esta obrigue a expulsão da mãe e a consequente privação de direitos para a criança e, para isso importa saber se há ou não um conteúdo essencial que mereça proteção.

A novidade em relação ao caso *Zambrano* é que, neste CS, a mãe cumpriu uma pena de prisão, o que suscita questões de segurança e ordem públicas. Daí que neste acórdão o TJ procure recordar toda a jurisprudência na matéria.

No fundo, o TJ dá as suas pistas quanto à questão de saber se existe ou não um conteúdo essencial, mas remete esta questão para o tribunal nacional. No considerando 22, começa por recordar que esta é uma situação puramente interna, já que tudo se passa dentro do mesmo Estado membro.

Depois, o TJ recorda que os direitos conferidos pela diretiva aos membros da família de um titular não são direitos próprios dos referidos membros, mas derivados da qualidade de titular do membro da família em causa, ficando aqui resolvida a questão de os direitos fundamentais serem concedidos ao cidadão europeu e não aos seus familiares, nacionais de estados terceiros.

Esta é uma situação interna, mas desde o caso *Zambrano* que se entende que estas situações podem cair sobre a alçada dos **artigos 20º e 21º TFUE**. Vão aplicar-se estes artigos, mas importa saber com que conteúdo e com que alcance. Isto porque, apesar de o cidadão da UE, filho da CS, não ter feito uso da liberdade de circulação, este caso não pode ser equiparado a uma situação puramente interna “normal”.

O **artigo 52º** da carta dos direitos fundamentais, nunca referido neste acórdão, diz que qualquer restrição aos direitos previstos na carta deve ser prevista pela lei e nunca afetar o núcleo essencial desses direitos. No ponto 25, o TJ diz-nos que a cidadania concede a liberdade de circulação que está sujeita às restrições presentes no Tratado. Esta interpretação em conjunto com a disposição da carta leva ao acréscimo da não violação do conteúdo essencial. Esta é a única interpretação conforme à constituição possível: não há direitos absolutos, mas as limitações param quando põem em causa o conteúdo essencial deste direito, que é exatamente o que está aqui em causa e que, aliás, foi observado pelo tribunal de primeira instância já que se a criança não puder permanecer, não há qualquer proteção do conteúdo essencial do direito.

Aqui temos uma difícil ponderação dos vários interesses em causa: a proteção do conteúdo essencial implica que a criança possa permanecer no território, mas por outro lado, a decisão de expulsão da mãe, implica a não permanência da criança.

O TJ, no ponto 27, volta a lembrar que não há aqui a concessão de qualquer direito autónomo para os nacionais dos estados terceiros, como se isto fosse um problema. No considerando 29, volta a insistir que isto são situações muito específicas. Faz esta salvaguarda devido à contestação de que foi alvo o acórdão *Zambrano*.

O TJ reproduz muito fielmente o argumento do Reino Unido. No ponto 34, o TJ resolve citar o governo britânico, defendendo que deve prevalecer a prerrogativa estadual de afastar a mãe. Diz o governo britânico que a prática de uma infração penal pode excluir o processo do âmbito de aplicação do princípio estabelecido no acórdão *Zambrano*, defendendo, deste modo, que tal princípio seja suscetível de limitações.

O TJ dá muita importância a esta circunstância suscitada pelo governo britânico e, no ponto 35, diz que faz parte da essência do direito da UE permitir que os Estados membros restrinjam direitos concedidos pela própria UE a cidadãos estrangeiros com fundamento nas cláusulas de ordem pública. Depois de uma fundamentação muito interessante, o TJ diz que o **artigo 20º** se opõe àquela legislação nacional que manda expulsar automaticamente o cidadão de país terceiro depois de cumprir uma pena de um ano. Acrescenta ainda que, em circunstâncias excecionais, não sabemos quais, um Estado Membro pode adotar medidas de expulsão na condição de que essa decisão se baseie no comportamento pessoal do sujeito e que leve à ameaça da segurança pública.

O essencial, a resposta ao caso concreto, é remetido para o tribunal nacional britânico, mas esta última parte em que o TJ fala da necessidade de fundamentação em razões de ordem pública, leva-nos a acreditar que prevaleceu a solução adotada pelo tribunal de primeira instância.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nota: esta matéria foi dada por um professor convidado. Importa ver o powerpoint.

Alcance e âmbito de aplicação

A CDFUE tem cinquenta e quatro artigos. Até ao artigo 50º estão previstos vários direitos fundamentais, contudo, as disposições que vamos aqui estudar são as que vêm depois, entre o **artigo 51º** e o **artigo 54º**, que contêm os **princípios fundamentais**. Para isso importa recorrer à história e perceber como é que se desenvolveram estes direitos no seio da UE.

Antes da Carta, esta matéria na CEE não era de grande interesse para a comunidade. O principal foco era o mercado comum e, no máximo, a liberdade de circulação dos trabalhadores entre os Estados Membros. Nesta altura, havia a conceção de que os comerciantes e produtores não precisavam de direitos fundamentais para venderem os seus produtos.

O jogo era entre as empresas que tentavam entrar noutros mercados para vender os seus produtos. A verdade é que, rapidamente, o tratado CEE começou a ter grande impacto e significância também na vida dos particulares, ao contrário dos outros tratados de direito internacional.

Aqui importa referir o **caso Stauder**. Houve, nos anos 60, um excesso de manteiga na UE. Por causa disso, a UE desenvolveu um mecanismo para vender manteiga mais barata às pessoas pobres, mas para isso teve que introduzir uma condição, a **individualização**, para perceber se a pessoa tinha ou não direito àquela redução. A decisão da Comissão permitia a oferta de manteiga a preço reduzido aos beneficiários de determinados regimes de pensões de assistência social, a qual ficaria dependente da divulgação ao vendedor do nome do beneficiário.

Ora, alguns consideraram que isto ponha em causa a dignidade das pessoas. Uma dessas pessoas, o senhor *Stauder*, foi ao tribunal alemão reclamar o respeito pelo seu direito à dignidade. Por sua vez, o órgão jurisdicional alemão questionou o Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade daquela decisão da Comissão para com os direitos fundamentais. Para isso considerou na sua pergunta que deviam certamente existir alguns “princípios gerais” que protegessem as pessoas deste tipo de situações.

No ponto 6 do acórdão, o TJ diz que a disposição controvertida deve ser interpretada no sentido de não impor – sem, todavia, proibir – a identificação nominativa dos beneficiários. Diz ainda que a Comissão publicou uma decisão retificativa neste sentido. Portanto, cada um dos Estados-membros encontra-se em condições de escolher entre os vários métodos de individualização.

No considerando 7, o TJ diz que, interpretada desta forma, a disposição controvertida não revela qualquer elemento suscetível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal.

Foi neste contexto que, pela primeira vez, o TJ disse que os direitos fundamentais também faziam parte do âmbito da CEE, mesmo sem que tivesse uma base nos tratados. Assim sendo, nenhum ato da UE podia violar esses princípios gerais.

Outro acórdão muito conhecido sobre este tema é o do *Handelsgesellschaft*. A administração alemã exigiu a prestação de uma caução a um exportador alemão de cereais quando este pretendeu obter um certificado de exportação. Nos termos de dois regulamentos comunitários, a obtenção de um certificado de exportação para cereais ficaria subordinada ao depósito de uma caução, a qual seria perdida no caso de a exportação não ter lugar dentro do prazo de validade do certificado de exportação.

Uma das empresas perdeu a sua caução por não ter conseguido exportar uma quantidade suficiente foi ao tribunal alemão alegar que isso era uma violação aos seus direitos e que considerava essa atuação inconstitucional.

O tribunal administrativo de Frankfurt considerada que essas disposições eram inválidas, pois violavam certos princípios estruturantes do direito constitucional alemão como o princípio da liberdade de ação e de disposição, da liberdade económica e da proporcionalidade consagrados na Lei Fundamental Alemã. O regime da caução previsto nos regulamentos comunitários não deveria, pois, prevalecer sobre os princípios da Lei Fundamental Alemã. E, por isso, o tribunal alemão reenviou para o TJ duas questões prejudiciais relativas à questão da validade do referido regime de certificados à exportação e cauções conexas. Arguindo que aquela situação era contra a constituição alemã, queria perceber se podia controlar um ato da UE contrário à constituição alemã.

O TJ respondeu logo que não já que isto desmontava completamente a ideia de supremacia do direito europeu enquanto princípio fundamental. O recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para apreciação da validade dos atos adotados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. Portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afetar a validade de um ato da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado.

O TJ acrescenta que convém, no entanto, analisar se não terá sido violada qualquer garantia análoga, inerente ao direito comunitário. Com efeito, o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo TJ.

O passo seguinte do TJ é dizer que os direitos fundamentais da UE eram inspirados nas constituições dos estados membros. Mas, a salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns dos Estados membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura dos objetivos da Comunidade. Não podia deixar que os tribunais nacionais controlassem o direito da UE como se fosse direito interno.

O acórdão voltou à Alemanha e o tribunal alemão ficou numa espécie de impasse e com receio da reação do TC nacional. Mandou mais uma questão: pergunta se isso era mesmo assim. Essa pergunta ficou conhecida por uma palavra que continha: “solange”.

Isto significa “durante/até que”. Diz que o TJ nem era um sistema democrático, não tinha um catálogo de direitos fundamentais como as constituições e “até quando” permanecerá esse sistema sem essas características ditas fundamentais em democracia. E a conclusão do tribunal alemão foi que iriam controlar os atos europeus como se fossem atos internos, contrapondo-os à sua constituição.

A partir deste caso ficamos a saber um pouco acerca do **conteúdo dos direitos europeus: análogos e baseados nos dos Estados membros**. Segue-se o caso **Nold**, onde o TJ fala na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que existe desde os anos 50, com um instrumento internacional de proteção dos direitos fundamentais.

- Ponto 13. “Como este Tribunal já afirmou, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais do direito, cuja observância lhe incumbe garantir. O Tribunal, ao garantir a proteção destes direitos, deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados.

- Os instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do homem, em que os Estados-membros colaboraram ou a que aderiram, podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário.”

No final dos anos 80, temos o caso **Wachauf**. *H. Wachauf* explorava uma quinta na qualidade de rendeiro. Aquando da expiração do contrato de arrendamento, solicitou uma indemnização por abandono definitivo da produção leiteira nos termos da lei alemã “relativa à concessão de prémios por abandono da produção de leite destinada ao mercado”, de 17 de julho de 1984, e do seu regulamento de execução, de 20 de julho de 1984. A legislação alemã estabelecia que para o “rendeiro” receber tal indemnização era preciso que o proprietário não se opusesse e por isso o *Bundesamt* recusou a *H. Wachauf* a concessão da indemnização solicitada, visto o proprietário da quinta ter revogado o consentimento dado inicialmente. *Wachauf* recorreu desta decisão para o tribunal competente alemão que colocou ao TJ, entre outras, a questão de saber se aquele senhor era “rendeiro” de uma “exploração” na aceção do regulamento.

Isto representa uma situação de direito europeu a ser aplicado pelos Estados membros. O TJ respondeu ao tribunal alemão, dizendo que havia ali, novamente, princípios gerais inspirados nos instrumentos internacionais e nas constituições nacionais. Os direitos fundamentais integram os princípios gerais de direito, cujo respeito o TJ garante. Diz que tudo isso não permitia que o senhor fosse privado do prémio do seu trabalho e que estas exigências vinculam igualmente os estados, aquando da aplicação das regulamentações comunitárias.

Nos ordenamentos nacionais dos vários Estados membros é fácil, os direitos fundamentais são protegidos pela Constituição. Já no direito da UE, essa proteção é desenvolvida pelos princípios fundamentais. Se estiverem em causa os dois, diz o TJ que a fonte de proteção dos direitos é o europeu, que também vincula os Estados membros.

A destacar dois pontos deste acórdão:

- 17. “Por força de uma jurisprudência constante, fixada, designadamente, pelo acórdão de 13 de dezembro de 1979 (Hauer, 44/79, Recueil, p. 3727), os direitos fundamentais integram os princípios gerais de direito, cujo respeito o Tribunal garante. Ao garantir a salvaguarda desses direitos, o Tribunal tem de se inspirar nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, de tal forma que não possam existir, na Comunidade, medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos pelas constituições desses estados. Os acordos internacionais relativos à proteção dos direitos do homem, em cuja celebração os Estados-membros participaram, ou aos que aderiram, também podem fornecer indicações que convém ter em consideração no âmbito do direito comunitário.”

- 19. “Face a esses critérios, convém observar que uma regulamentação comunitária que privasse, sem qualquer compensação, o arrendatário, no termo do contrato de arrendamento, dos frutos do seu trabalho e dos investimentos que efetuou na exploração arrendada, seria incompatível com as exigências que decorrem da proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária. Como **estas exigências vinculam igualmente os Estados-membros quando da implementação das regulamentações comunitárias**, segue-se que estes são obrigados a, na medida do possível, aplicá-las respeitando as referidas exigências.”

Também no final dos anos 80, temos o caso **Radiophonia (ERT)**. O governo grego adotou uma lei que determinava que a única televisão que existia na Grécia era a televisão pública. Estava em causa a livre circulação de bens e serviços. Isto existia desde o início da CECA, não veio com a questão dos direitos fundamentais.

Os tratados possibilitam que os Estados membros introduzam limitações ou derrogações com base na saúde, segurança e ordem públicas. Isto é, de facto, matéria de livre circulação, mas o TJ diz que os gregos podiam limitar essa liberdade com base na cláusula de ordem pública. Contudo, diz também que, mesmo nesse âmbito, os Estados têm que salvaguardar na mesma todos os direitos, liberdades e garantias.

E se a resposta tivesse sido contrária? Se, no âmbito das limitações, não tivessem que ser observados os princípios fundamentais, ainda assim, existiria a proteção constitucional grega dos direitos fundamentais.

Nota: Este acórdão não é obrigatório. mas importa ler páginas 522 e 523 da compilação.

O professor destacou duas passagens:

- 42 De acordo com a sua jurisprudência (ver os acórdãos de 11 de Julho de 1985, Cinéthèque, n.º 26, 60/84 e 61/84, Recueil, p. 2605, e de 30 de Setembro de 1987, Demirel, n.º 28, 12/86, Colect., p. 3719), o Tribunal de Justiça não pode apreciar uma regulamentação nacional que não se situe no quadro do direito comunitário face à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em contrapartida, a partir do momento em que uma regulamentação deste tipo entre no campo de aplicação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido dirigido um pedido de decisão a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça, tal como resultam, em particular, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- 43 Particularmente, no caso de algum Estado-membro invocar a disposição do artigo 55.º conjugada com a do artigo 66.º para justificar uma regulamentação susceptível de entravar o exercício da livre prestação de serviços, esta justificação, prevista pelo direito comunitário, deve ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito e, nomeadamente, dos direitos fundamentais. Assim, a regulamentação nacional em causa só poderá beneficiar das excepções previstas nas disposições conjugadas dos artigos 56.º e 66.º se se conformar com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça.

O caso **Annibaldi C-309/96** é menos relevante, mas é também um caso exemplar. O professor que deu esta aula destacou dois pontos:

- 12. “Convém recordar desde logo que, segundo jurisprudência constante, ... , os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Para este efeito, o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais para a protecção dos direitos do homem com os quais os Estados-Membros cooperam ou a que aderem. A Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950 ... reveste, a este respeito, um significado particular. Como o Tribunal de Justiça salientou também, daqui decorre que não podem ser admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do homem reconhecidos e garantidos por esta forma (v., ... **ERT, C-260/89**, ...).”
- 13. “Resulta ainda da jurisprudência do Tribunal de Justiça ... que, a partir do momento em que uma regulamentação nacional entre no campo de aplicação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido dirigido um pedido de decisão a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça, tal como resultam, em particular, da convenção. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça não tem essa competência relativamente a uma regulamentação nacional que não se situe no quadro do direito comunitário. **Nota:** Este caso não está na compilação nem é obrigatório.

Em 2000 realiza-se o sonho do TC alemão, nasce um catálogo dos direitos fundamentais na UE, a **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. É verdade que não teve valor jurídico até Lisboa, mas existia. Neste catálogo estavam presentes princípios estruturais, “regras de jogo” que valem para todos os direitos.

Artigo 51º CDFUE – âmbito de aplicação

O primeiro princípio, presente no **artigo 51º CDFUE**, sob a epígrafe **âmbito de aplicação**, trata dos destinatários destes direitos: “instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União”. Esta última expressão foi desenvolvida nos casos que acabamos de referir. Portanto, a carta era vinculativa no âmbito de aplicação do direito da UE, mas não no panorama exclusivamente interno.

A partir de 2009, momento em que a UE recebe o catálogo com valor jurídico e que também vincula os Estados membros, surge a questão de saber o que é que significava mesmo o “**quando aplica**”. Dentro da UE existe um sistema comum de asilo e parte deste sistema é também um mecanismo que ajuda a decidir qual o Estado que irá dar o asilo. O regulamento Dublin põe muito peso nos Estados periféricos da UE, por dizer que o sítio de asilo era o primeiro onde a pessoa entrasse na UE.

Num certo momento, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, proibiu a Bélgica de mandar uma pessoa refugiada para a Grécia por falta de condições lá. Isto é um problema grave para o sistema Dublin. Este tribunal encontrou uma disposição que indicava que os Estados podiam avaliar o pedido de asilo (**artigo 3º**). Os Estados tinham o direito de mandar as pessoas para onde elas desejassem, mas também podiam optar por tratar deles no seu próprio país.

- ➔ **Regulamento Dublin II** (343/03. “que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro”).
- ➔ **Artigo 3º nº2**. Em derrogação do **nº1**, cada Estado-Membro tem o direito de analisar um pedido de asilo que lhe seja apresentado por um nacional de um país terceiro, mesmo que essa análise não seja da sua competência por força dos critérios definidos no presente regulamento. Nesse caso, este Estado torna-se o Estado responsável, na aceção do presente regulamento, e assume as obrigações inerentes a essa responsabilidade. Se for caso disso, informará o Estado-Membro anteriormente responsável, aquele que conduz o processo de determinação do Estado responsável ou aquele que foi requerido para efeitos de tomada ou retomada a cargo.

Desta forma isto foi colocado no regulamento com uma ampla margem de discricionariedade para os Estados já que eles podiam optar por transferir para outro Estado ou ter uma decisão soberana de ficar com os refugiados.

Surge depois um tribunal britânico a questionar se a tal decisão soberana estava abrangida pelo direito da UE, nomeadamente no que toca ao **artigo 51º** da carta.

- Questão do Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division): “Uma decisão adotada por um Estado-Membro, nos termos do artigo 3º nº 2, do Regulamento nº 343/2003 [...], de analisar um pedido de asilo que não é da sua competência em conformidade com os critérios definidos no capítulo III do regulamento, está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da [União] para efeitos do artigo 6º TUE e/ou do artigo 51º da [Carta]?”

O TJ vem dizer que, mesmo nestas situações de discricionariedade dos Estados no quadro do direito da UE, estamos no quadro deste direito e, por isso, abrangidos pelas disposições da Carta.

- O artigo 4º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que incumbe aos Estados-Membros, incluindo os órgãos jurisdicionais nacionais, não transferir um requerente de asilo para o «Estado-Membro responsável», na aceção do Regulamento nº 343/2003, quando não possam ignorar que as falhas sistémicas do procedimento de asilo e das condições de acolhimento dos requerentes de asilo nesse Estado-Membro constituem razões sérias e verosímeis de que o requerente corre um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes, na aceção desta disposição.
- Sem prejuízo da faculdade de examinar ele próprio o pedido referido no artigo 3º, nº2, do Regulamento nº 343/2003, a impossibilidade de transferência de um requerente para outro Estado-Membro da União Europeia, quando esse Estado é identificado como Estado-Membro responsável em conformidade com os critérios do capítulo III deste regulamento, exige que o Estado-Membro que deveria efetuar esta transferência prossiga o exame dos critérios do referido capítulo, para verificar se um dos restantes critérios permite identificar outro Estado-Membro como responsável pelo exame do pedido de asilo.
- Contudo, o Estado-Membro em que se encontra o requerente de asilo deve assegurar que a situação de violação dos direitos fundamentais deste requerente não seja agravada por um procedimento de determinação do Estado-Membro responsável excessivamente longo. Se necessário, deve examinar ele próprio o pedido, em conformidade com as modalidades previstas no artigo 3º, nº2, do Regulamento nº 343/2003.

O acórdão que vamos encontrar mais vezes sobre o âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais é o **Akerberg Fransson** (não está na compilação nem é de leitura obrigatória). Este senhor sueco não gostava de pagar impostos e foi alvo, por um lado, das finanças que emitiram um ato a obrigá-lo a pagar os impostos e, por outro lado, da procuradoria que iniciou um processo crime contra o senhor.

Normalmente, a pessoa não pode ser condenada duas vezes pela mesma coisa. A expressão é **ne bis in idem**, nunca duas vezes. O tribunal sueco considerou que a carta prevê também este princípio e enviou uma questão para o TJ a saber se isto de facto se confirmava.

O juiz sueco não tinha a certeza se esta questão era coberta pela constituição sueca e queria saber se podia colmatar essa lacuna com o direito da UE, nomeadamente através dos princípios fundamentais.

O TJ considerou que esta situação era abrangida pela carta, porque estávamos num território em que o senhor não quis pagar o IVA, que era uma matéria em que a UE já foi ativa. Isto porque uma parte do IVA que pagamos vai para o orçamento da UE. Aos olhos do TJ, isto era suficiente para que o caso fosse abrangido pelo direito da UE.

Nota: toda esta parte aparece aqui sobre o **artigo 51º**, para percebermos como é que podemos invocar a carta em tribunal.

(Fim da aula do professor eslovaco. O professor Nuno Piçarra retoma o tema da Carta)

Até à carta, a ausência de um catálogo de direitos fundamentais leva a que o TJ mostre uma certa relutância nesta matéria, sobretudo ao nível das questões colocadas por reenvio prejudicial. Havia sempre a questão de perceber se os atos da comunidade violavam ou não algum dos direitos protegidos pelas constituições nacionais. O TJ recusava sempre essa análise, invocando a falta de competência para tal.

Isto muda quando, no final dos anos 60, um tribunal administrativo alemão pergunta ao TJ se aquele direito à liberdade que estava em causa era ou não protegido no ordenamento jurídico da UE. Não tinha qualquer assento a nível europeu, mas era obviamente garantida pela lei fundamental de Bona, na Alemanha. A ideia era saber se esta proteção acontecia a título de princípio geral. Foi assim que de facto se deu a mudança de jurisprudência do TJ, no que toca a direitos humanos.

Contudo, dizer que os direitos fundamentais deveriam ser protegidos no OJUE a título de princípios gerais de direito era pouco e o TJ, neste contexto, invocou dois parâmetros que serviriam para determinar a vigência fundamental de um direito fundamental. Falamos do instrumento e do método de que o TJ se vai socorrer para ir explicitando o catálogo de direitos fundamentais. Estas diligências do TJ constam hoje expressamente no **artigo 6º TUE**.

O **artigo 6º nº3 TUE** é justamente a constitucionalização desta hermenêutica do TJ. Nesta disposição lê-se que fazem parte do direito da União, os direitos fundamentais enquanto princípios gerais, tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais e tal como resultam das constituições dos Estados Membros.

Na ausência de um catálogo de direitos fundamentado, a ideia de os proteger contra legislação e atos da UE apoiou-se no recurso à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais. Porquê esta convenção e não uma mais geral? Desde logo porque todos os Estados Membros ratificaram esta convenção. Quanto à parte das tradições constitucionais nacionais, esta deriva da ideia de que os direitos fundamentais próprios da UE são comuns aos direitos fundamentais dos Estados Membros, presente no **artigo 2º TUE**.

Um problema que se colocou acerca do **artigo 51º CDFUE**, ato interno da UE que envolve os órgãos políticos, tem que ver com a sua validade, já que alguns Estados duvidaram do seu valor jurídico autónomo. A experiência europeia é paralela à norte americana onde a constituição original não continha qualquer catálogo de direitos, que só foram introduzidos pelos aditamentos. Esse fantasma da experiência norte americana pairou sempre na relutância de alguns Estados membros.

Esta era uma altura em que a comunidade ficava para trás em comparação com alguns dos seus membros que já tinham grandes e sofisticados modelos de proteção de direitos fundamentais, destacando a Alemanha, por força da lei fundamental de Bona. No dia em que se desse o passo de admitir que a carta da união serve para regular os estados membros, seria uma transmutação das relações entre os estados membros e a união. Neste sentido o **artigo 51º** é defensivo.

Por via jurisprudencial chegou-se a uma situação em que o TJ se considerou competente para escrutinar não só os atos da união, mas também dois tipos de atos dos Estados membros:

- ➔ Atos que os Estados membros executam o direito da UE
- ➔ Atos dos Estados membros que introduzem derrogações, por razões de ordem pública, saúde pública e segurança pública, a liberdades fundamentais previstas por um Tratado. Isto na lógica no caso da senhora *Van Duyn*.

Estes atos passaram a ser escrutinados pelo TJ à luz do seu próprio catálogo de direitos fundamentais, o que vem previsto na Carta no **artigo 51º nº1**. Nos termos do qual estão vinculados pela, antes de mais os órgãos e instituições da UE, mas também os estados membros quando apliquem o direito da união. É este o sentido restritivo ou defensivo deste preceito.

Não se faz uma menção expressa à questão das derrogações, mas também está aqui inserido por apesar de não ser um caso imediato de aplicação. Por outras palavras, pelo elemento literal, esta categoria de atos dos Estados Membros ficaria excluída do direito da UE, contudo, vai ser abrangida devido a um compromisso político que começa com uma disposição que se encontra no **artigo 6º do TUE nº1 terceiro parágrafo**: “os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.”

Temos aqui uma remissão para o título VII da Carta e para as anotações a que a Carta faz referênci que resultaram do trabalho que aprovou a Carta de direitos fundamentais. Há uma anotação ao **artigo 51º** que vem fazer referência à jurisprudência do TJ (acórdãos *Wahauf* e *ERT*) nos termos da qual os atos dos Estados membros que derogam liberdades fundamentais do tratado também podem ser escrutinados no catálogo de direitos fundamentais da UE.

Desta forma, a interpretação do artigo 51º é um processo algo complicado já que só fala nos atos que executam o direito da UE, mas depois percebe-se que não inclui só esses, mas também os que introduzem derrogações que podem ser objeto de controlo por parte do TJ quanto à sua conformidade com os direitos fundamentais da UE. Daí que esta disposição tenha de ser alvo de uma interpretação extensiva.

As soluções do **artigo 6º TUE** e do **artigo 51º CDFUE**, são, no essencial, a constitucionalização de soluções a que se tinha chegado por via jurisprudencial.

Resta dizer que a carta dos direitos fundamentais não pode servir para um alargamento da competência da UE em função da degradação das competências dos Estados. Este é que se pode considerar como o fantasma da constituição norte americana: o receio do avanço das competências centrais.

Esta é a razão pela qual já há uma série considerável de jurisprudência do TJ em que este se declara incompetente para controlar atos de estados membros que não apliquem o direito da UE e que não entrem no âmbito de aplicação do direito da UE. Por outras palavras, quando o ato não aplica direito da UE nem introduz nenhuma derrogação a algum direito da UE, o TJ declara-se incompetente para controlar esse ato e esta é uma diferença considerável da UE em relação a qualquer federação mais avançada. Daí que se diga que o **artigo 51º** é uma disposição que não tem correspondência nas verdadeiras constituições federais.

Artigo 52º CDFUE – âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios

Quanto ao **artigo 52º** a parte que importa retoma aquilo que está em várias constituições de Estados membros e também estados terceiros, são os **limites às restrições aos direitos fundamentais**. O primeiro limite intransponível à restrição dos direitos fundamentais, a que aliás já fizemos referência, é a **garantia do núcleo essencial** do direito fundamental (equivalente ao **artigo 18º nº3 CRP**).

Este é o primeiro limite apresentado pelo **artigo 52º** que, na perspetiva do professor Nuno Piçarra, não foi totalmente respeitado pelo TJ no acórdão CS. Para o professor, a solução correta seria a encontrada pelo tribunal de 1ª instância.

O **artigo 52 nº3** acrescenta que quando o direito fundamental da Carta for o mesmo que o direito fundamental previsto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o sentido e o âmbito da Carta são os conferidos pela Convenção. Isto não impede que a Carta confira uma proteção mais ampla, só não pode conceder é uma proteção menos ampla do que a dada pela Convenção.

No **nº4** lê-se que quando a Carta reconhece direitos fundamentais decorrentes das tradições dos Estados membros, estes direitos têm de ser interpretados à luz dessas tradições. Exemplo evidente disto foi aquele que vimos a propósito do acórdão Omega.

Por fim temos o **nº7** que, mais uma vez, faz referência ao facto de os órgãos da União e os Estados membros terem de ter em conta as anotações destinadas a orientar a interpretação da carta. É duvidoso o conteúdo e o alcance jurídico desta disposição porque as anotações são isso mesmo, anotações, não são lei.

EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS DIRETIVAS

Recordando telegraficamente o que está em causa...

As diretivas têm um nome estranho. Poderiam ser chamadas e chegaram a ser chamadas “leis de bases europeias”. Diretiva é um nome que remete para a função administrativa, mas isto teve que ver com a ideia em Roma de que apenas se poderia chamar lei a um ato parlamentar. No quadro institucional originário das comunidades europeias, não se queria assumir que a organização era dotada de poder materialmente legislativo, resolveu-se dar nomes mais atípicos como regulamentos, diretivas e decisões, previstos no **artigo 288º TFUE**.

A dado momento, com o tratado constitucional europeu, quis dar-se nomes mais apropriados de modo a fazer corresponder a vontade formal à vontade, mas, por razões que não vamos agora aprofundar, esse tratado que estabelecia uma constituição para a Europa não entrou em vigor e a nomenclatura dos antigos tratados manteve-se.

Se quiséssemos dar à diretiva um nome realmente correspondente ao seu conteúdo, chamar-lhe-íamos “lei de bases”. Este termo já existe no direito português, uma lei de bases é uma lei que, em princípio, para produzir os seus efeitos tem de ser complementada por outra lei. O que é exatamente o caso já que a diretiva tem necessariamente de ser complementada por atos, em princípios legislativos, de cada Estado Membro, para produzir a plenitude dos seus efeitos. Por outras palavras, a diretiva tem de ser transposta para os ordenamentos jurídicos dos estados membros através daquilo a que poderíamos chamar leis complementares.

A questão de saber se uma diretiva pode ou não ser invocada por um particular ou saber se o tribunal a pode usar para resolver o caso concreto, só surge quando esta não tiver sido transposta no prazo ou tiver sido mal transposta e, portanto, há um risco de os estados se prevalecerem do seu próprio incumprimento caindo num abuso de direito, princípio do *estoppel* ou situação de *venire contra factum proprium*. Se a diretiva for bem transposta, bem complementada pelos Estados membros, fica em hibernação. Desta feita, o primeiro ponto a reter é que a diretiva só pode ser invocada num litígio e esse litígio só pode ser resolvido se for **uma diretiva mal ou não transposta**.

O segundo ponto é que uma diretiva não transposta ou mal transposta até poderá servir para a solução de um caso concreto na condição se as suas **disposições serem claras, precisas e incondicionais** quanto aos direitos e obrigações, coisa que nem sempre acontece porque as diretivas, como se lê no **artigo 288º**, estabelecem no essencial objetivos para os estados membros. Estas características surgem na linha do acórdão *Dori*.

Na linha *Dominguez*, fala-se na condição da **interpretação conforme**, ou seja, se se conseguir interpretar as normas nacionais no seu conjunto em conformidade com a diretiva, o juiz deve resolver o caso aplicando o direito do estado membro em conformidade com a diretiva não transposta, mesmo que para isso tenha de pedir ao TJ dados acerca da interpretação da disposição da diretiva em causa.

Contudo, se não se conseguir fazer esta atividade de interpretação conforme, tem de se passar para a lógica das disposições claras, precisas e incondicionais. Isto só se vai aplicar quando se tratarem de **relações verticais de baixo para cima**, ou seja, um particular pode invocar contra o Estado uma disposição clara, precisa e incondicional de uma diretiva não transposta, ou mal transposta. O contrário é que não pode acontecer por razões óbvias já que isto seria deixar o Estado com a faca e o queijo na mão. Se o problema for resolvido mediante a interpretação conforme nem se põe o problema da relação vertical dado que, para todos os efeitos, estamos a aplicar direito nacional.

Quando é uma **relação horizontal**, envolve dois particulares, mesmo que as disposições da diretiva sejam claras, precisas e incondicionais, o litígio não pode ser resolvido pela diretiva porque isto implicaria a criação de uma obrigação para uma das partes, coisa que não pode acontecer porque as diretivas só podem criar obrigações para os Estados Membros. Apenas os regulamentos e as decisões possuem a faculdade de ter pleno efeito direto junto dos particulares. Este é ponto em que tínhamos ficado.

Neste contexto, se a jurisprudência do TJ é esta, torna-se fundamental perceber o que é que é “Estado” neste contexto. Saber perante quem é que o particular pode invocar a disposição de uma diretiva não transposta sabendo que contra outro particular não o pode fazer. Importa saber o que é o Estado como Estado incumpridor.

Análise do acórdão *Foster*

Contextualização

Um acórdão que é *leading case* nesta matéria é o **acórdão *Foster*** que dá um contributo essencial para a definição de Estado enquanto entidade perante o qual o particular pode invocar uma diretiva não ou mal transposta. A definição que este acórdão deu para efeitos de invocação suscitou dúvidas que só vieram a ser resolvidas recentemente no **acórdão *Farrel*** de 10 de outubro de 2017.

O que estava em causa no acórdão *Foster*? O litígio suscitou-se em torno da não discriminação. A lei britânica fazia uma discriminação entre homens e mulheres sobre a idade da reforma, entrando aparentemente em contradição com uma diretiva.

Várias ex-empregadas da *British Gas Corporation* entre as quais se encontrava a senhora *Foster*, intentaram uma ação contra a *Sociedade British Gas*, sucessora nos direitos e obrigações da *British Gas Corporation*. As autoras invocaram a violação da Diretiva 76/207 relativa ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção de profissionais e às condições de trabalho, pois entendiam que tinham sido sujeitas compulsivamente à reforma aos 60 anos, enquanto os seus colegas de sexo masculino podiam continuar a trabalhar até aos 65 anos.

Portanto, estas senhoras queriam continuar a trabalhar e diziam que este direito lhes era conferido por uma diretiva que não tinha sido devidamente transposta no OJ britânico. A principal dúvida suscitada no processo era a de saber se as autoras podiam invocar a diretiva contra a *British Gas*.

Análise do Acórdão

Há um aspeto do acórdão, ponto 10, que delimita o que está em litígio: as partes concordam que as reformas não são lícitas face às disposições legais britânicas em vigor. A própria Câmara dos Lordes diz que essa legislação não pode ser interpretada de modo a ser compatível com a diretiva, fazendo cair a possibilidade de uma interpretação conforme.

Então o litígio começava na dúvida de saber se a *British Gas Company* era ou não “Estado” na aceção do TJ. Esta companhia era aquilo a que chamaríamos no direito português de empresa pública. Cabia ao TJ decidir se esta empresa pública podia ser considerada Estado e, por conseguinte, se as demandantes podiam invocar aquela disposição da diretiva não transposta. Esta é a questão prejudicial.

O TJ decide de uma forma que mais tarde vem a suscitar dúvidas aquando do acórdão *Farrel*. O ponto 18 é crucial para a solução desta questão. O TJ vem dizer que, para este efeito, **“Estado” serão todos os organismos ou entidades que estejam sujeitas à autoridade ou ao controlo do Estado *proprio sensu***, entenda-se Estado-administração, (em princípio, a empresa pública cabe aqui) **ou ainda que sejam dotadas de poderes exorbitantes de autoridade pública de que os particulares não dispõem.**

Aparentemente o TJ dá duas possibilidades: ou são entidades controladas pelo Estado-administração competente/tutelar, ou, não sendo controlados pelo Estado, dispõem de poderes exorbitantes face aos que resultam às normas aplicáveis às relações entre particulares. A dúvida que vai surgir no caso *Farrel* é sobre saber se estes dois critérios são cumulativos ou disjuntivos.

Nesta fase o TJ já tinha dito que eram Estado: as autoridades tributárias (autoridades fiscais), coletividades territoriais (o que chamaríamos de autarquias locais), autoridades constitucionalmente independentes encarregadas da manutenção da ordem e segurança pública e ainda as autoridades públicas que asseguram serviços de saúde pública. E, portanto, percebe-se que o TJ dá ao conceito de Estado um entendimento muito amplo, justamente para prevenir que autoridades que de alguma forma relevam do direito público se possam prevalecer do não cumprimento de uma diretiva. E, justamente também para contrabalançar aquela ideia de que – e nisto o tribunal é rigoroso – uma disposição por mais clara, precisa, incondicional que seja, não possa ser invocada contra um particular.

A ideia é dar a máxima eficácia à diretiva mesmo que o Estado esteja em incumprimento e para isso o conceito de Estado tem de ser entendido num sentido muito amplo. Podemos dizer que o TJ tem um objetivo muito claro de limitar ao máximo o incumprimento dos Estados. Para isso há duas vias paralelas: indemnização aos particulares por parte de um tribunal nacional e a ação por incumprimento contra o Estado que pode culminar na aplicação de sanções fixas e progressivas ao Estado incumpridor. Estas vias paralelas concorrem para dissuadir os Estados do incumprimento.

A ideia é neutralizar ao máximo os efeitos nocivos da não transposição, na perspectiva dos particulares. “Uma diretiva não pode criar diretamente obrigações para os particulares”: por trás desta construção jurídica, há claramente objetivos de política judiciária. O que subjaz do ponto de vista dos objetivos, finalidades e interesses desta jurisprudência do TJ é excluir que uma diretiva não transposta ou mal transposta possa onerar como obrigação de um particular diretamente. E, por outro lado, alargar o mais possível o conceito de Estado de modo a que este não se possa prevalecer no seu próprio incumprimento. Fá-lo muito recentemente no acórdão *Farrel*.

Ainda no acórdão *Foster*, qual foi a decisão prejudicial do TJ? Nos acórdãos prejudiciais, normalmente o tribunal responde de uma forma genérica relativamente àquilo que está a pensar em concreto. Está a pensar no caso da *British Gas Company*, mas fala como se estivesse a referir todas as entidades com aquelas características. O TJ diz que o artigo da diretiva que proíbe as discriminações entre homens e mulheres no que toca à aposentação, sendo esta disposição *self executing*, pode ser invocada contra a *British* que, aquando do litígio, era uma empresa pública inserida na aceção de Estado.

Esta decisão vem a ser recordado no processo C-413 de 2015, em que o TJ se reporta expressamente ao acórdão *Foster*. No fundo, este segundo, acórdão C-413 de 2015, é um acórdão que interpreta, clarifica, aclara eas opções tomadas no caso *Foster*.

É de realçar que a jurisprudência *Foster* não exclui que uma empresa que tenha sido privatizada possa ser considerada “Estado”. Tudo vai depender dos critérios e da ligação dessa empresa com o Estado. Há empresas que são privadas ou foram privatizadas e que foram investidas pelo Estado em determinados poderes e funções de serviço público. Estas empresas por mais privados que sejam os seus estatutos, têm de ser consideradas “Estado” para este efeito que estamos a analisar.

Análise do acórdão *Farrel*

Contextualização

Este é um acórdão de extrema importância prática sobre a questão dos seguros de acidentes de viação. São sucessivas as diretivas sobre esta matéria porque se foram verificando situações que não tinham sido cobertas pelas primeiras. A ideia do legislador da UE é que esse seguro deve cobrir o máximo de situações em que haja sinistrados.

Aqui estamos na presença de um litígio envolvendo a questão de saber o que é que cobre e o que é que deve cobrir um seguro por acidente de viação. A senhora Farrel, sendo transportada numa carrinha na parte não destinada a passageiros, sofre um acidente de viação grave. A lei nacional irlandesa, aplicável à data aos factos, não tinha transposto as diretivas aplicáveis e, portanto, o seguro que ela previa era um seguro que não cobria este caso.

A preocupação do legislador da UE foi a de garantir que os sinistrados fossem objeto de indemnizações adequadas por parte das seguradas. Para isso ser possível, esta diretiva mandou criar, a nível de cada estado membro, uma entidade em que se tinham de afiliar obrigatoriamente todas as seguradas de maneira a constituir um fundo a partir

do qual possam ser concedidas indemnizações em caso de sinistros que não estejam cobertos pela legislação em matéria de seguros.

Esta entidade, MIBI, já existia na Irlanda mesmo antes da diretiva e a questão era perceber se podia ser considerada “estado” para efeitos da contraposição da diretiva.

Como vimos, todas as entidades da administração indireta do Estado na perspectiva do TJ são entidades perante quem um particular se pode prevalecer de uma diretiva não transposta atempadamente. Esta é basicamente uma construção jurisprudencial, de common law.

O TJ tem 2 preocupações, ambas suscetíveis de críticas: uma diretiva não pode criar obrigações diretamente para os particulares. Só o regulamento pode fazê-lo, mas por construção, a diretiva não transposta de disposições claras, precisas e incondicionais, pode **criar obrigações indiretamente para os particulares através do mecanismo da interpretação conforme**, normalmente extensiva. O caso *Dori* ilustra perfeitamente isto, já que a empresa pode ver-se obrigada a rescindir aquele contrato.

Por isso há autores que falem no **efeito direto indireto de uma diretiva não transposta**, quando o direito nacional pode ser interpretado conforme essa diretiva. *Nota de rodapé 33 das conclusões da advogada geral de Chaston. (?)*

Outra crítica que é feita é que isto da aceção de “estado” ter uma ampla abrangência causa incerteza jurídica. Contudo, o professor Nuno Piçarra responde que quem a faz não sabe muito de direito administrativo porque temos de saber que o Estado tem de incluir todas as suas entidades de administração indireta. As sucessivas entidades em que se coloca a questão de saber se são ou não o Estado, vão sendo resolvidas nestes termos. As vezes suscitam-se dúvidas acerca dos critérios, o caso Farrel é muito exemplo disso.

Outra crítica que se pode fazer, que é pertinente, mas mesmo assim não convence o professor é: que culpa tem a empresa MIBI que o Estado legislador irlandês não tenha transposto a diretiva? O TJ responde que é a única forma de impedir que o Estado se prevaleça do seu incumprimento, a ideia é proteger o elemento mais fraco, o particular. O professor Nuno Piçarra prefere a resposta do TJ.

Retomando o caso da senhora Farrel. Aquilo que aconteceria, por estrita aplicação da lei irlandesa, é que a senhora não teria direito a qualquer indemnização. O que seria escandaloso perante as diretivas existentes nessa matéria.

As diretivas a nível europeu sobre seguros pretendem que, de facto, todos os danos causados nessas circunstâncias de acidente rodoviário sejam ressarcidos e, sobretudo que seja garantido que os acidentados de um acidente automóvel recebam igual tratamento, princípio da igualdade, independentemente do sítio em que acontece (ponto 6 do acórdão). Estas são as preocupações fundamentais do legislador. Aquela ideia presente na diretiva de que o seguro deve proteger todos não está bem transposta, o que é visível no ponto 9 porque a lei irlandesa não abrange pelo seguro quem não esteja devidamente sentado, numa parte não adaptada para levar passageiros.

Depois de se ter pronunciado sobre a o facto de que a lei irlandesa não transpunha devidamente a diretiva cujas disposições eram claras, precisas e incondicionais, como a injustiça de não se lhe atribuir uma indemnização era tão horrorosa, a primeira solução apresentada pelo TJ, no considerando 20, foi uma transação. Num sentido jurídico, uma transação é um negócio jurídico pelo qual os sujeitos de uma obrigação resolvem extingui-la mediante concessões recíprocas, para prevenir ou pôr fim a um litígio.

Já se tinha percebido que a senhora era merecedora de uma indemnização, restava saber quem é que ia arcar com os custos dessa mesma indemnização. O MIBI disse não ia pagar porque não tinha nada que ver com a falta da transposição. Esta supletividade em garantir que todos recebam uma indemnização quando sofram um acidente de trânsito, garantia de serviço público, é acompanhado de um poder que exorbita do direito privado. Todas as seguradoras têm obrigação de se inscrever no MIBI e de o financiarem para que este disponha de fundos para poder indemnizar. O MIBI tem poderes para obrigar as seguradoras a inscreverem-se diante dele para financiar a indemnização. (Este acórdão não está na compilação, é de leitura obrigatória).

Análise do acórdão Comissão c. Conselho C- 409/13

Contextualização

É um acórdão de recurso de anulação. É, no fundo, um litígio que remete diretamente para a distinção entre a função executiva e a função legislativa. Remetendo para a repartição horizontal de competências, é um acórdão interinstitucional. Tem a ver com um tema típico de DC e DA, que é a distinção entre funções do Estado.

Quais são as funções aqui em causa? A função legislativa e a função executiva. Isto permite-nos ter uma panorâmica de direito constitucional institucional da UE para fechar esta matéria. É uma aplicação prática dos litígios de competência entre as instituições (separação não entre Estado e a UE, mas entre as várias instituições da UE).

Vamos perceber quais os poderes que a comissão possui, que margem de discricionariedade tem para retirar as suas propostas depois de as ter lançado e que obrigações é que incumbem à comissão para que a retirada das suas propostas seja legítima. Está em causa, a nível da UE, a via processual do **artigoº 263**, que está aberta às instituições da EU ou aos estados membros e ainda aos particulares, mas em condições mais restritas, porque se entende que estes só devem poder contestar atos legislativos através de atos que apliquem esses mesmos atos legislativos.

É por isso que lemos, no antepenúltimo parágrafo desta disposição, uma ressalva para o acesso ou a legitimidade ativa dos particulares à ação de anulação (antigamente chamava-se recurso). Qualquer pessoa singular ou coletiva pode recorrer sobre contratos que lhe digam respeito concreta ou indiretamente. Há atos que, sendo normativos, não carecem de ser aplicados aos particulares através de um ato administrativo, *self executing*.

O **artigo 263º** é uma via para a impugnação de atos da UE sendo que os particulares só podem imputá-los não junto do TJ, mas do Tribunal Geral da UE e em condições restritas. Ao contrário das instituições e os Estados que podem imputar qualquer ato da UE no quadro da ação por anulação sendo recorrentes privilegiados, os particulares têm de demonstrar interesse. Normalmente o primeiro teste é perceber se o ato em causa lhe é dirigido ou se tem um alcance genérico que o afete.

Qual é o ato que aqui é impugnado? O Conselho da UE, apoiado por uma série de Estados membros, reage contra a retirada de uma determinada proposta legislativa. Esta proposta era de adaptação de um regulamento-quadro aprovado por processo legislativo ordinário com a participação do Parlamento Europeu e do Conselho da UE, fazendo um enquadramento geral para a execução de uma política da UE para atribuição de assistência macrofinanceira atualmente prevista no **artigo 212º TFUE**. É uma política forte, importante da UE.

A cooperação, assistência a países terceiros, era executada caso a caso. Cada ato de ajuda financeira macroeconómica, em aplicação do **artigo 212º**, deveria constar de um ato aprovado em processo legislativo ordinário. Este processo é naturalmente moroso tendo em conta que implica a participação das várias instituições da UE já que resulta de uma proposta da Comissão e depois há todo um procedimento de discussão no Parlamento e apreciação no Conselho em que Conselho e Parlamento têm de se pôr em acordo relativamente ao ato final.

O intuito da dita proposta era fazer com que esta assistência financeira fosse feita não através de atos legislativos, mas através de atos de execução do enquadramento legislativo geral.

O que é um ato legislativo, como definido pelos tratados? E quem é que pode adotar, a nível da UE, atos executivos que, por definição, remetem para um ato legislativo? Essas definições constitucionais, de transcendente importância, encontram-se a seguir ao **artigo 288º** que trata das fontes de direito infraconstitucionais da UE. O **artigo 289º** trata das definições do direito da UE para o conceito de ato legislativo.

Quando é que se pode considerar que a UE está a praticar atos executivos (de atos legislativos), e quem é que tem essa competência? Aqui, somos remetidos naturalmente para um dado estrutural sistémico que é o seguinte: a UE executa pouco frequentemente os atos que legislativos que adota. A verdade é que a UE é centrada na legislação. Não é que não possa praticar atos de execução e atos jurisdicionais, através dos seus órgãos, mas o sistema é descentralizado e a execução dos atos legislativos da UE cabe em grande parte aos Estados membros e é, por isso também, que os litígios que se suscitam a propósito do direito da UE são elevados aos tribunais dos Estados membros porque envolvem a execução e aplicação dos atos normativos da UE pelos próprios Estados.

Isto é referido nos termos do **Artigo 291º**. A UE constitui-se com estados dotados de fortes estruturas administrativas, uma grande diferença em relação às colónias norte americanas que foram independentes durante muito pouco tempo.

É por isto que, no **artigo 291º**, em que se trata da execução dos atos da UE, são referidos em primeiro lugar os Estados membros e só depois é que se diz quando é que a UE é chamada a executar os seus atos e através de que órgãos.

Lê-se no **nº2** que, quando sejam necessárias condições uniformes para os atos executivos da UE, estes (os próprios atos) conferem competências de execução à Comissão e, às vezes, em casos específicos devidamente fundamentados, ao Conselho. Este último caso é tão específico porque a sua principal função é legislativa e, de acordo com o princípio da separação de poderes, não deve acumular as duas. Como legislador na UE não é de esperar que seja demasiadamente chamado a executar atos legislativos.

Como é de esperar, não tem sentido que a assistência macrofinanceira a países em dificuldades seja executada a nível dos Estados. Este é um exemplo claro de necessidade de condições uniformes para a UE ser chamada a executar os seus atos.

Fica claro que a administração da UE, centralizada em Bruxelas, é uma administração com menos funcionários do que a Câmara Municipal de uma grande capital. Daí que falar no “tentáculo” de Bruxelas é um ataque sem razão dos eurocéticos.

Mesmo quando, de facto, a Comissão é chamada a executar estes atos de auxílio financeiro a países terceiros, é obviamente um ato importante, que envolve expressão orçamental considerável, mas não se pense que a Comissão, quando assume as suas vestes de executor, está entregue a ela própria porque não está.

A palavra que surge neste contexto é **comitologia**. Quer dizer que a Comissão europeia, quando executa, é controlada em diversos graus pelas administrações dos Estados membros. A Comissão é rodeada por comités formados por funcionários da administração dos Estados membros, tal como se lê do **artigo 291º nº3**. A função de execução pela Comissão é, portanto, altamente controlada pelos Estados membros.

No caso concreto do acórdão agora em análise, o ato adotado em cumprimento do **artigo 291º nº3** encontra-se no ponto 12 do acórdão que é o regulamento 182/2011, o chamado **regulamento de comitologia**. É um regulamento do Parlamento europeu e do Conselho que estabelece as regras e os princípios gerais dos mecanismos relativos ao controlo pelos Estados membros no exercício dessas competências da Comissão. Este é um controlo que pode ser mais ou menos apertado. Há atos de execução em que o controlo é baixo, mas há também atos de execução que a Comissão só pode tomar com o acordo do tal Comité. Não vamos estudar este regulamento em profundidade.

Dizer que a Comissão é o executivo da UE é enganoso, porque executa pouco. Apesar de tudo, é aquela que mais se aproxima de um governo. Quem executa muito e sistematicamente são as administrações públicas dos vários Estados membros consoante as suas configurações constitucionais (pode ser a administração central, local, regional). Além disso, são estes que participam na comitologia, através de comités compostos por funcionários especializados com peritos. São os Estados membros os verdadeiros executores do direito da UE. É por isto que o direito da UE não é como um qualquer direito internacional, mas antes um verdadeiro direito interno, sujeito a um processo específico de realização e aplicação.

Se procurássemos a definição de ato legislativo na nossa CRP não seria muito diferente daquela que existe a nível da UE que se lê no **artigo 289º nº3**. Os atos legislativos são os atos jurídicos adotados por processos legislativos. É uma definição procedimental já que é o procedimento que determina a qualidade do ato legislativo. A forma que este reveste é a forma do regulamento. Assim sendo, há regulamentos que contêm atos legislativos porque foram adotados por procedimentos legislativos e há regulamentos com atos adotados por processo executivo, que é o processo da comitologia. Concluímos assim que estas formas (a diretiva, o regulamento e a decisão são formas), podem ter conteúdo de natureza legislativa ou executiva. É o legislador que faz essa escolha, se o ato carece de condições uniformes e tem de ser executado pela UE ou, nada dizendo, é executado pelos Estados membros.

Isto para dizer que a atribuição concreta de auxílio financeiro a Estados terceiros tem de ser da competência central, dado que este é um aspeto que mexe diretamente com o orçamento comunitário.

Há uma outra categoria de ato, que não é legislativo nem executivo, é um **ato delegado**. Isto tem correspondência muito clara no direito constitucional dos Estados membros. Um ato legislativo só pode ser revisto pelo mesmo processo que levou à sua adoção, salvo as disposições que podem ser revistas por um processo simplificado. A definição de ato delegado aparece desenvolvida no **artigo 290º** do qual se salienta uma restrição. Os elementos essenciais ou estruturantes do ato legislativo só podem ser modificados por outro ato legislativo. O ato delegado surge para modificar aqueles elementos que não são considerados estruturantes do ato legislativo. Para adotar um ato delegado, a comissão não tem de seguir o mesmo processo legislativo que para os atos legislativos.

Feitas todas estas explicações, vamos passar para a análise do acórdão. O plano de fundo é a distinção entre função legislativa da UE e função executiva da UE, tal como já foi aqui dito. Esta distinção no essencial coincide com o que vimos em direito constitucional e direito administrativo. Acerca da função executiva o que é essencial saber é que é raramente exercida pela UE e quando é, é normalmente pela Comissão através do processo da comitologia.

Depois, também voltamos a reiterar que o que está em causa é delimitar mais exatamente quais os poderes que a Comissão dispõe, recordando que é ela quem normalmente faz as propostas dos atos legislativos. Importa aqui perceber se tem poder para retirar essas mesmas propostas. Sabemos que tem uma ampla discricionariedade na apresentação de propostas, nomeadamente na escolha do momento e da forma. Também o próprio Conselho pode convidar a comissão a apresentar uma proposta e esta, apesar de não ficar juridicamente obrigada a seguir o convite, é importante que o tenha como linha de orientação.

Para chegar a um ato legislativo, o Conselho está, na maioria dos casos, dependente da proposta da Comissão. Por outras palavras, sem proposta da comissão, o Conselho não pode legislar. Resta agora responder à questão relevante: que possibilidades é que a Comissão tem para retirar uma proposta legislativa?

Esta retirada não pode acontecer só porque sim, tem que ser um ato fundamentado e está sujeito a controlo jurisdicional. Neste caso concreto, o Conselho contestou formalmente através de um ato de anulação a retirada de uma proposta legislativa da Comissão, argumentando que é inconstitucional com base na violação do princípio do equilíbrio institucional que é corolário fundamental do princípio da cooperação entre os Estados membros.

Análise do acórdão

O Conselho, apoiado por vários Estados membros e contra a Comissão europeia, demandada nesta ação de anulação, vem pedir ao TJ que anule a decisão de retirada da proposta de enquadramento legislativo de ajuda macrofinanceira a países terceiros.

Antes desta proposta, cada assistência macrofinanceira era concedida por ato legislativo, sem nenhum pré enquadramento legislativo pelo Conselho e pelo Parlamento europeu. Concluiu-se que isto era um procedimento excessivamente moroso e que se mostrava disfuncional conceder cada ajuda conforme as circunstâncias do caso concreto. É neste contexto que a Comissão apresenta uma proposta de regulamento quadro para estabelecer uma serie de critérios gerais normativos para que cada ajuda pudesse ser considerada um ato executivo, justamente por já estar pré enquadrada por uma legislação aplicável.

No considerando 7 ponto 4, faz-se menção ao facto de quer o Conselho quer o Parlamento europeu já tinham apelado para o preenchimento desta lacuna legislativa, por assim dizer. Os co-legisladores aparentemente estavam de acordo quanto a essa necessidade. O tribunal explica ainda no ponto 2 do mesmo considerando que a assistência macrofinanceira é de carácter excecional. E, portanto, a elegibilidade dos países terceiros é uma decisão político-legislativa importante. Naturalmente, teria de se fornecer nessa lei de enquadramento critérios para que a comissão escolhesse que país ou zona deva receber essa assistência financeira.

Diz-se também, no ponto 9, que um dos critérios da proposta para a concessão de assistência macrofinanceira obedece à condição prévia de respeito pelo sistema e mecanismos democráticos efetivos, assim como o estado de direito e os direitos humanos. Esta seria uma condição essencial para a UE conceder ajuda macrofinanceira quando as circunstâncias requeressem.

O tribunal vai explicando isto e chega ao ponto 12 que diz que na proposta da comissão estava previsto um determinado procedimento de comitologia, o **procedimento exame**. Neste procedimento exame, a posição dos Estados membros condiciona bastante o ato da Comissão europeia. Este é um dos procedimentos de comitologia em que os Estados têm um grande peso decisório.

A Comissão apresenta esta possível lei quadro da assistência macrofinanceira a países terceiros e abrem-se negociações interinstitucionais relativas à proposta em cima da mesa (ponto 18). Acontece que o Conselho começa a achar que isto de pôr a comissão diretamente a conceder o auxílio pode não ser uma coisa ideal do ponto de vista político. Isto refletia claramente o recuo de alguns Estados em centralizar o poder de auxílio.

O parlamento foi atrás desta tendência, como se lê no considerando 20, o que é negativo já que parlamento deve ter outra visão, não devendo subscrever a visão dos estados, mas antes a visão dos cidadãos. Estes órgãos manifestaram a sua preocupação pela falta de legitimidade democrática da comissão quando comparada com as suas (legitimidade do Parlamento e do Conselho). Para o professor Nuno Piçarra, este argumento é pouco convincente dado que esta proposta tinha todos os critérios de enquadramento e apenas permitiria à comissão a sua execução.

O Parlamento e o Conselho acharam que o melhor seria estabelecer-se uma lei de enquadramento com critérios densos e cada ação ser na mesma dada por processo legislativo. Esta opção mantém a disfuncionalidade da mora inerente, para no fundo usar o procedimento legislativo para executar outra lei. O professor acha isto pouco consentâneo com os princípios em causa. Estava-se a adotar uma lei de bases que para executar tinha de se recorrer a outro processo legislativo. O que não faz sentido algum.

No ponto 24, dentro da negociação, sabe-se que a substituição do poder executivo da comissão pelo processo legislativo foi objeto de consenso entre o Conselho e o Parlamento. Perante isto, no ponto 26, o que a Comissão fez, e muito bem (na opinião do professor), foi retirar a sua proposta de lei de enquadramento. Se era para continuar a ser pensado caso a caso através de um ato legislativo, não teria utilidade existir um ato legislativo de enquadramento. Um ato legislativo não pode carecer de um ato legislativo de igual valor para a sua execução.

A Comissão europeia é um órgão tipicamente colegial e as suas decisões têm de ser tomadas um colégio de comissários. Só excecionalmente é que um comissário pode adotar um ato imputável à UE. Daqui se retira que os comissários não têm, à semelhança do governo, um grande poder autónomo de imputar decisões à Comissão como um todo. Aqui o colégio de comissários decidiu retirar a proposta com base no **293 n°2 TFUE**, princípio da legalidade e da constitucionalidade.

A verdade é que no **artigo 293º n°2** não está nada sobre a retirada de propostas da comissão. Desta disposição não parece resultar um direito de retirada. Contudo, esta é uma disposição importantíssima, por vezes esquecida que convém perceber muito bem. No **n°1** lemos que sempre que o Conselho delibere sob proposta da Comissão, só pode alterá-la, em princípio, por unanimidade. Esta disposição que vigora desde o início do Tratado está um pouco desatualizada: primeiro só fala do Conselho, porque só este era o órgão tradicionalmente legislador. O legislador só passou ser duplo mais tarde, com a parlamentarização da UE.

Qual a lógica desta exigência de unanimidade? Há aqui uma lógica política muito clara: dificultar estas alterações. A ideia é proteger o próprio conteúdo da proposta da Comissão. Se o Conselho quer alterar o conteúdo dessa proposta, tem de ser por unanimidade, que é justamente aquilo que é mais difícil de conseguir. Isto porque tem de se equilibrar os interesses políticos que visa atender: por um lado, protege o conteúdo da proposta da Comissão que defende os interesses gerais da UE, os interesses comunitários, por outro lado, os interesses pessoais dos Estados membros visados pelo Conselho são protegidos já que apesar de difícil, é possível alterar.

Pretende-se acautelar a proposta inicial, mas também ver que, se sobre determinados aspetos não se formar uma maioria, pode ela própria adaptar a sua proposta se achar por bem, em função do sentido da discussão, através do **nº2**. Se há uma maioria favorável a uma alteração no Conselho, mas não chega à unanimidade, pode a Comissão proceder a essa alteração se assim o entender. Isto se a Comissão ficar convencida por essa alteração e se considerar que se enquadra no interesse geral da UE.

Neste caso concreto, a Comissão não o fez. O professor Nuno Piçarra entende que fez bem em não alterar a proposta e ir mais longe, retirando-a. Isto para evitar aquilo que seria uma “aberração jurídica”: estabelecer uma lei quadro a ser depois executada pelos mesmos autores num processo legislativo ordinário.

É neste ponto que o Conselho pede ao TJ que anule a retirada da proposta e, por sua vez, a Comissão pede que desatenda a esse pedido. O Conselho apresenta três argumentos: violação do princípio da atribuição de competências, violação do equilíbrio institucional ou separação de poderes e violação do princípio de cooperação leal, corolário do princípio da separação de poderes.

Segundo o Conselho, a ação da Comissão exerce uma competência que não tem (violando o princípio da atribuição de competências), criando um desequilíbrio institucional, pondo em causa o princípio do equilíbrio institucional. Ao fazer isso, não está a facilitar a vida ao Parlamento e ao Conselho que já tinham chegado a um acordo.

A violação do princípio de atribuição de competências dá-se uma vez que não está textualmente previsto no **artigo 293º** esse direito de retirada. Isto atendendo ao elemento literal. Contudo pela finalidade, atendendo ao elemento sistemático e teleológico da disposição, é perfeitamente possível extrair um poder de retirar propostas por parte da comissão. Até porque a modificação pode também implicar isso e, sendo o caso, tem de conter a devida fundamentação.

É verdade que uma prerrogativa geral que autoriza a retirada de propostas não é um poder arbitrário da Comissão. Esta tem de ser uma ação fundamentada e abre portas a que o TJ verifique se são motivos fundados face à constituição.

Há também o argumento da democracia, presente no ponto 37: conceder este poder à Comissão seria violar o princípio democrático, porque já há uma posição consensualizada entre órgãos com uma legitimidade democrática superior à da Comissão, nomeadamente o parlamento e o Conselho. O professor Nuno Piçarra considera que daí a dizer que a retirada de propostas pelas Comissão é antidemocrática é dar à democracia um valor de que a maioria poder fazer tudo sem barreiras. O princípio de estado de direito é um princípio fundamental da UE.

Seguiu-se um último argumento, no ponto 42, onde o Conselho defende que transferir para a Comissão uma competência decisória de execução infringe os poderes que reservam ao legislador da União em matéria de auxílios ou de assistência macrofinanceira, tendo em conta a dimensão política. Estes eram os argumentos do Conselho para que o TJ anulasse aquela retirada de proposta.

Por seu turno, no ponto 54, a Comissão vem alegar que o direito de retirada da proposta constitui um dos meios para que possa cumprir o que foi estabelecido pelos tratados com vista à adoção dos atos da União.

No ponto 56, a Comissão diz – e isto parece incontornável – que o ato que os legisladores pretendiam adotar (ato legislativo de enquadramento que carece depois de ser executado através de processo legislativo) teria constituído uma desvirtuação à sua proposta de regulamento quadro, e uma violação grave do equilíbrio institucional. Não tem realmente sentido, e esta é uma questão puramente constitucional, adotar uma lei-quadro com critérios muito densificados e depois mandar o legislador aplicar essa lei.

Em relação à questão da democracia, a Comissão lembra que ela própria tem a sua legitimidade democrática, apesar de não ser a mesma que o Parlamento ou o Conselho. Mas dizer que a Comissão é um órgão antidemocrático é mentira, porque não é isso que está previsto nos tratados. A Comissão tem sim a sua legitimidade democrática e dizer que é um monstro de opacidade antidemocrática que governa tudo em Bruxelas é uma grande falsidade.

Posto isto, há um determinado ponto em que o TJ deixa de reproduzir os argumentos das partes e passa ele próprio a fazer a sua apreciação e vai dizer como é que o vai fazer a partir do considerando 63. O TJ vai aqui dar uma grande importância ao **artigo 293º** porque foi nesta disposição que a Comissão se baseou para a retirada de proposta, recordando o porquê de dizer o que diz. Isto no considerando 71 e seguintes.

Depois há um ponto em que se trata de decidir se a proposta da Comissão está ou não fundada. Como sabemos o bem fundado dos argumentos é diferente do dever de fundamentação. O TJ começa por recordar uma jurisprudência constante que diz que a fundamentação deve ser analisada à luz da sua redação e do seu contexto. No ponto 81 o TJ considera que a Comissão explicou porque é que retirava a proposta: que os fundamentos da decisão impugnada foram dados a conhecer de forma juridicamente bastante ao Parlamento e ao Conselho. Mas isto é uma questão formal, importa perceber se o conteúdo é ou não válido.

O TJ passa depois à questão de mérito, analisando a partir do ponto 82 a questão, já não de forma, mas de fundo: distinção entre função legislativa e função administrativa. O professor chama a atenção para a importância enorme dos considerandos 88 e 89 onde o TJ diz o que é que constava da proposta da lei de enquadramento da assistência macrofinanceira em que se especificavam os países elegíveis para essa assistência: as formas, modalidades de respeito pelos mecanismos democráticos, medidas de melhoria da gestão das finanças públicas, entre outros.

Deste modo ficariam já fixados os critérios, decididos com ampla margem discricionária politico-legislativo, não se justificando que fossem depois aplicados novamente noutra processo legislativo. Se as escolhas primárias políticas discricionárias já lá estavam, deve entrar a função executiva e não mandar repetir a função legislativa que, além de ser disfuncional, em nada adiantaria no objetivo de acelerar o processo de assistência macrofinanceira.

O TJ dá assim razão à Comissão, introduzindo ainda outros argumentos no ponto 93 e 96. E, portanto, considera que não há violação dos primeiros dois princípios alegados pelo Conselho com esta retirada. Cumpre em segundo lugar analisar se a retirada decidida pela comissão foi efetuada no respeito pelo princípio da cooperação leal. Mais uma vez, o TJ volta ao conteúdo da proposta no ponto 102 para recordar designadamente aqueles casos em que se a proposta viesse a ser aprovada, haveria disposições que não precisavam ser alteradas por processo legislativo porque não eram essenciais, podendo ser alteradas por processo delegado.

Isto para concluir, no ponto 107, que a decisão impugnada pelo Conselho não infringiu qualquer dos por si princípios alegados e, portanto, o TJ não anula a decisão de retirada que obrigaria a Comissão a rerepresentar a proposta. Em suma, o TJ sustentou e manteve a proposta da Comissão. O professor Nuno Piçarra entende que este é um acórdão muito bem escrito e extremamente preciso.

Análise do acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas, C- 64/16 (aula depois da gala, apontamentos da Joana. Importa ler o acórdão)

Contextualização

O tribunal aproveitou para enviar uma mensagem forte sobre o sistema da união, tendo em conta alguns ataques que a nível nacional o sistema jurisdicional tem sido alvo de ressarcir um valor essencial ao estado de direito: independência em termos jurisdicionais. Recorda que a união não pode ser indiferente ao poder jurisdicional dos estados membros, ataque à independência do poder judicial tem de verificado na Polónia.

Os sistemas jurisdicionais nacionais são pontos centrais do sistema jurisdicional da união. Neste caso foi pedido ao TJ uma interpretação do **artigo 19º TUE**: disposição capital sobre o poder jurisdicional da união, desenvolvido nos **artigos 251º** e seguintes.

Se o litígio é entre particulares o tribunal que se interpõe à ação é ao tribunal nacional.

Sistema jurisdicional da união europeia

Artigo 19ºTUE

- ➔ **Nº1.** Tribunal de justiça da EU inclui o tribunal de justiça, o tribunal geral e tribunais especializados. O tribunal da união europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos tratados.
- ➔ **Nº2.** Os estados membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da união.

O Tribunal de Justiça da União decide, nos termos do disposto nos Tratados:

- ➔ a) Sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou coletivas;

- b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições;
- c) os demais casos previstos pelos Tratados.

Tribunal geral

Administração da união ações, contencioso administrativo suscitado por atos administrativos da união. Este tribunal terá dois juízes por estado membro, com esse nº de juízes não se justificava tribunais especiais. Cabe recurso para o tribunal de justiça. Mas o tribunal geral tem competência pré judicial? Não, quem tem competência é o tribunal de justiça.

Tribunal de justiça

Maioria das questões são questões prejudiciais. Decisões prejudiciais a pedido dos estados membros: sobre validade e interpretação.

Tribunal de justiça não é um tribunal de cassação: tribunal de cassação apenas decide questões de direito, não conhece factos, põe fim a duvidas no sentido de resolver uma questão de direito colocado por uma questão inferior, ele resolve a questão de direito e é o tribunal de onde vem o recurso o tribunal de cassação manda julgar o caso de acordo com a sua decisão de direito. TJ pode decidir verdadeiramente o caso em recurso do tribunal geral

- **Relação com os tribunais nacionais:** relações são pré judiciais, dos tribunais nacionais não cabe recurso para o tribunal de justiça, as relações com o TJ são a montante, pré judiciais.
- **Única decisão de recurso vem do tribunal geral:** 1) decide definitivamente; 2) manda resolver de acordo com a decisão de direito.
- **Advogado geral:** Portugal neste momento não tem nenhum advogado geral, último foi Miguel Maduro.

→ Juízes

Juiz indicado por um estado membro tem as funções: entrevistas se o candidato reúne ou não.

Artigo 255º. É criado um comité a fim de dar parecer sobre a adequação dos candidatos ao exercício das funções de juiz ou de advogado-geral do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, antes de os Governos dos Estados-Membros procederem às nomeações em conformidade com os **artigos 253º e 254º.**

O comité é composto por sete personalidades, escolhidas de entre antigos membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, membros dos tribunais supremos nacionais e juristas de reconhecida competência, um dos quais será proposto pelo Parlamento Europeu. O Conselho adota uma decisão que estabeleça as regras de

funcionamento desse comité, bem como uma decisão que designe os respetivos membros. O Conselho delibera por iniciativa do Presidente do Tribunal de Justiça.

Como é que o direito da união europeia se insere neste caso?

Estas medidas foram tomadas no quadro do direito da união, ou no mínimo, têm aí a sua origem, uma vez que esses imperativos foram impostos ao governo português pelas decisões da união que concediam uma assistência financeira a esse estado.

Órgão jurisdicional salienta que as margens de discricionariedade para concretizar as orientações de política orçamental.

Questão

O supremo tribunal administrativo submete ao tribunal de justiça a questão prejudicial:

1) Devido aos imperativos de eliminação do défice orçamental excessivo e assistência financeira, o princípio de independência judicial deve ser interpretado no sentido de que se opõe às medidas de redução remuneratória a que os magistrados estão sujeitos em Portugal tal como resulta da lei 75/2014?

O órgão jurisdicional pretende saber se o **artigo 19º TUE** deve ser interpretado no sentido de que o princípio da independência judicial se opõe à aplicação aos membros do poder judicial de um estado membro de medidas gerais de redução salariais associadas a imperativos de eliminação de um défice orçamental excessivo e a um programa de assistência financeira.

Resposta

→ Quanto à admissibilidade

TJ recorda jurisprudência constante que o TJ só se pode declarar incompetente quando for manifesto com a interpretação solicitada do direito da união não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal ou quando for hipotético.

Estes critérios não se cumprem logo a questão da admissibilidade não se coloca. TJ é competente para responder à questão

→ Quanto ao mérito

O artigo 19º dá alguma indicação que o princípio da independência é posto em causa com a diminuição dos seus salários?

1. Os órgãos jurisdicionais são parte integrante do sistema jurisdicional da união europeia (considerando 34). Estes órgãos desempenham uma função comum na interpretação e aplicação dos tratados, para essa garantia os tribunais dos estados membros têm um papel fundamental.

TJ tem um papel importante tal como os tribunais dos estados membros e relação entre os dois está no reenvio prejudicial.

2. TJ não pretende ver-se como superior hierárquico na interpretação dos tratados e foi essa a ideia de não por o tribunal de justiça já tomadas pelos tribunais nacionais, mas ajudando-os antes na aplicação do direito da união. Não existe uma

relação hierárquica. O TJ não é um tribunal a jusante, logo nunca pode caber recurso para este tribunal das decisões dos tribunais nacionais.

3. Apreciação da qualidade de órgão jurisdicional: figuram a origem legal do órgão, a sua permanência, o caráter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do seu processo, a aplicação, pelo órgão das regras de direito bem como a sua independência.

Independência dos juízes: (ponto 44) instância em causa exerça as suas funções jurisdicionais em total autonomia, sem ser submetida a nenhum vínculo hierárquico ou de subordinação em relação a quem quer que seja e sem receber ordens ou instruções de qualquer origem.

Nota: A matéria que se segue foi dada em aula de compensação depois do fim das aulas.

EFICÁCIA DO DIREITO DA UE E A SUA JUSTICIABILIDADE – continuação

Efeito direto indireto das diretivas (mais casos)

A ideia fundamental é muitas vezes a de que o DUE é para ser olhado como um direito interno aos estados membros. Esta ideia é algo completamente ultrapassada. Na realidade, um dos pontos fortes da integração europeia foi a fidelização dos tribunais dos em ao direito da UE e a tendência geral, com pontos de conflito ou de urgência, aplicar o direito da UE com características federais. A nível normativo, sistema de fontes do direito e da sua aplicação pelos tribunais nacionais pode dizer-se que em geral o DUE no seu conjunto é olhado pelos tribunais dos Estados membros como um direito interno que prevalece sobre o direito estadual contrário.

Os fatores desta evolução, querida secretamente pelos autores dos tratados, um deles foi o sistema jurisdicional. O ativismo judiciário foi tendencialmente legitimado pelas sucessivas revisões dos tratados, sendo que em muitos casos as sucessivas revisões dos tratados inclusive o tratado de Lisboa por último, constitucionalizaram muitas soluções que se obtiveram no âmbito do sistema jurisdicional. Isto é um fator suplementar da juridicidade e aplicabilidade do DUE. Até o princípio do primado, o mais controverso, foi objeto de reconhecimento no tratado de Lisboa. Foi uma forma diferente daquela que a inicialmente tinha sido prevista. Este princípio do primado consta de uma declaração, mas esta declaração remete para os acórdãos do TJ. O resultado desse sistema cooperativo foi sempre tendencialmente legitimado ao mais alto nível, justamente nas revisões dos Tratados.

Portanto, este é um dado essencial do sistema. Dito isto, vejamos mais alguns pontos concretos técnicos onde efetivamente esta tendência se tenha manifestado. Um ponto mais interessante é a questão da eficácia das diretivas de que já falamos. As diretivas nós sabemos que o artigo 288º diz que os destinatários das diretivas são os Estados membros através da obrigação de transposição e só através da intermediação do direito nacional é que a diretiva pode produzir a plenitude do seu efeito. Também sabemos que a obrigação de transposição tem maioria de controlo específica, a ação por incumprimento.

Esta ação não está ao alcance dos particulares e foi sendo revista sucessivamente no sentido de impor ao máximo a obrigação de transposição, no sentido de esta ser levada mais a sério. Isto levou a que o TJ, detetando estas situações, pudesse aplicar aos Estados sanções pecuniárias.

A ação por incumprimento é, no fundo, algo que na sua conceção originária está mais próxima de um mecanismo público de que de direito nacional, já que os particulares não têm acesso. Aos particulares interessa poder fazer valer o seu interesse e invocar diretivas não transpostas mesmo que paralelamente a uma ação por incumprimento. A possibilidade de o particular invocar uma diretiva não transposta tornou-se um dos aspetos mais interessantes na jurisprudência do TJ. Esta jurisprudência focada no efeito direto da diretiva tem vindo a ser reiterada. Está sujeito a críticas, mas mesmo tendo pertinência, não bastam para derrubar a construção jurisprudencial que assenta na ideia de que para uma diretiva ser invocada por um particular o estado tem de estar a incumprir.

O TJ insistiu sempre no sentido de que uma diretiva não transposta não pode criar diretamente por si só sem intermediação nacional obrigações para os particulares. Isto significa, já sabemos, que é possível invocar contra o Estado nas suas diversíssimas modalidades de administração. Isto significa que a diretiva produz um efeito direto vertical de baixo para cima, entre o Estado e particulares. Sendo que o Estado não pode invocar contra particulares. Também não produz efeito direto horizontal, isto é, não é possível aplicar uma disposição de uma diretiva não ou mal transposta para resolver um litígio entre particulares.

Contudo como no interesse dos particulares, há que tornar a diretiva o mais eficaz possível, entra neste contexto o instituto da interpretação conforme que, quando é possível, permite criar uma obrigação para um particular, mas sempre apoiada na interpretação de disposições nacionais. Haverá quanto muito um efeito direto indireto da diretiva. Não podemos, apesar disto, dizer que é igual a uma aplicação horizontal. Não é a mesma coisa.

É natural que esta via, obrigação de interpretação conforme do direito nacional pelos aplicadores nacionais do direito, têm sido trazidos ao conhecimento do TJ uma série de casos que mostram a riqueza e a diversidade do caso jurídico que nunca se deixa esgotar em formas e diferenças. O caso em que o TJ foi mais longe no sentido de conceder eficácia a uma diretiva não transposta cujas disposições fossem claras, precisas e incondicionais é o caso, altamente discutido e examinado, **Kücük deveci, C – 555/07**.

Neste acórdão, o TJ deu um passo suplementar na concessão de eficácia e de suscetibilidade de uma diretiva não transposta dizendo que: se uma diretiva não transposta refletir um princípio geral do direito da UE, então de facto, o princípio geral de DUE não tem nenhuma restrição quanto à sua eficácia ou efeito horizontal. A única restrição que existe tem haver com diretivas, ora se uma diretiva se limita a ser um reflexo de um princípio do DUE como a proibição da discriminação, princípio da

igualdade, então aí, em princípio, não haverá obstáculo a que o particular invoque o princípio contido na diretiva contra o outro particular.

A diretiva aqui em causa era a 2008, que já vimos a propósito do caso *Dominguez*, que procura dar densidade, dar conteúdo normativo adequado a um princípio geral do DUE, o princípio da igualdade. A disposição cuja compatibilidade com a diretiva estava em causa era uma disposição do código civil alemão. Este código no seu parágrafo 622 tinha uma disposição que dizia que, no ponto da relação do trabalho, para efeitos da resolução de um contrato, não é contabilizado o tempo de trabalho prestado antes de ter completado 25 anos.

O litígio surge aqui mesmo. Esta senhora *Kükük Deveci* nascida em 78 e empregada de uma determinada empresa alemã desde os seus 18 anos, quando se tratou de a despedir disseram que o tempo trabalhado entre os 18 e os 25 anos não contava para efeitos de indemnizações, reformas, etc. A senhora dizia que esta disposição do BGB era contrária à diretiva que estabelecia o princípio da igualdade em matéria de emprego e a empresa mantinha a referência ao BGB. O problema era no fundo saber que relação estava em causa: era entre particulares porque a empresa não era estatal. Não havia dúvidas de que era uma relação horizontal. *Quid juris?*

Poder-se-ia recorrer à interpretação conforme? Dever-se-ia. Desde o acórdão *Dominguez* que esta procurar interpretar o direito nacional em conformidade com as diretivas se tornou uma obrigação.

Seria possível interpretar a disposição do BGB em conformidade com a diretiva 2078? A violação do princípio da igualdade está na negação de direitos a quem trabalhou com menos de 25 anos, quando a diretiva diz que isso é uma discriminação direta em razão da idade. Tentar interpretar em conformidade o direito nacional e designadamente esta disposição do BGB não é possível, levaria a uma interpretação *contra legem*. Claramente não se chegaria a uma solução satisfatória porque a obrigação para a entidade contar os anos de trabalho chocava indubitavelmente com a disposição da diretiva, sem ser possível qualquer interpretação conforme.

A solução antes deste complemento jurisdicional passaria pelo mecanismo de o particular vir pedir uma indemnização ao Estado pelo prejuízo causado pelo incumprimento na transposição da diretiva. É neste contexto que a novidade jurisprudencial surge. O tribunal alemão no fundo pergunta ao TJ se, uma vez que a diretiva reflete e densifica e concretiza um princípio geral do DUE, princípio da igualdade e proibição de discriminações injustificadas, se não se poderia então resolver o caso aplicando o princípio que a diretiva refletia. O princípio teria um efeito extintivo. Por aplicação do princípio, o tribunal nacional ficaria impedido de aplicar ao caso concreto aquela disposição do BGB.

É sempre fundamental perceber qual a questão prejudicial que chegou ao TJ. A decisão que o acórdão dá responde às questões colocadas pelos tribunais nacionais. Primeiro pergunta se aquela disposição do BGB viola o direito primário ou a diretiva. Assim abre a porta para o TJ refletir. Note-se a importância do ascendente da questão:

faz referência não só à diretiva, mas também ao direito primário, o que revela um bom trabalho da defesa da trabalhadora. Abriu a porta a uma nova solução. O TJ não “tirou da cartola” esta solução, foi induzido para ela.

A resposta que o TJ dá é: uma vez que a diretiva reflete um princípio de DUE procurando apenas densificá-lo, e uma vez que a relação é horizontal e que a interpretação conforme não é possível, então invoque-se o princípio fundamental.

Alguns críticos dizem que isto cria uma grande incerteza jurídica. Será que era uma incerteza assim tão grande e intolerável? O professor considera que não. O princípio é mais que conhecido. Afastar aquela disposição não seria de toda uma solução inesperada. O TJ recorda qual é a tarefa o tribunal nacional dizendo que tem de garantir a observância do princípio fundamental de DUE.

Concluindo, **a diretiva não ou mal transposta também pode produzir efeito direto indireto por aplicação do princípio fundamental** de DUE que ela incorpora. Esta questão só se põe quando não se pode usar a interpretação conforme.

A propósito disso à um acórdão interessante sobre os limites da interpretação *contra legem*. Quem é que tem a última palavra a saber se é ou não *contra legem*? Quem interpreta o direito nacional são os Estados membros, no quadro da repartição de competências no reenvio prejudicial. Mas, imaginemos que a interpretação *contra legem* não resulta diretamente da letra da disposição nacional, mas de uma jurisprudência interpretativa dessa disposição. O caso também envolve a mesma diretiva 2078. Havia uma jurisprudência consolidada do supremo tribunal de justiça dinamarquês que se fosse o elemento decisivo, tornava impossível a interpretação conforme à diretiva dessa disposição.

Aqui a discriminação recaía sobre a terceira idade. Havia uma lei dinamarquesa sobre as relações de trabalho, que dizia que em caso de despedimento, a entidade patronal pagará ao trabalhador na data da cessação da relação laboral, uma indemnização com a importância correspondente a um, dois ou três meses de trabalho consoante o trabalho prestado. Outra disposição dizia que esta indemnização por despedimento deixa de ser obrigatória se a pessoa despedida, por ser mais velha, tiver direito à pensão de velhice para a qual descontaram.

O litígio começa aqui. O senhor passou a ter direito a uma pensão de velhice e a empresa despediu-o. O senhor dizia que renunciava à pensão de velhice, queria continuar no mercado do trabalho e, portanto, queria receber a dita indemnização. Neste contexto, esta disposição foi sistematicamente interpretada pelos tribunais nacionais com base num brocardo latim que traduzido significa que se a lei não distingue, então o interprete também não deve distinguir. Isto é algo que não tem a mínima sustentabilidade, porque podem haver razões de sobra para ser necessário distinguir algo que a lei não distingue.

O litígio correu os seus termos. Esta pessoa, entretanto, morreu e os seus herdeiros, considerando que era uma questão de princípio fundamental, substituíram-se no litígio. E, portanto, a jurisprudência constante dos tribunais nacionais ia no sentido

de não fazer qualquer distinção: se tinha direito a uma pensão de velhice, quer começasse a auferir quer a renunciasse porque queria continuar no mercado do trabalho, não interessava, perdia sempre o direito à indemnização por despedimento.

Havia um acórdão do TJ que sustentava a contrariedade desta disposição com a diretiva, mas os tribunais nacionais consideravam que isto só valia numa relação vertical.

O próprio tribunal dinamarquês dizia que interpretar aquela disposição no sentido de distinguir quem começa efetivamente a auferir a pensão e quem a renuncia, não era possível. Isto porque não se podia fazer distinção devido ao princípio romano referido. O tribunal dizia que esta disposição era *contra legem*.

O que o TJ podia fazer neste caso concreto era dizer que também há jurisprudências que são incompatíveis com o direito da UE e com a diretiva. Neste sentido, o TJ começa por responder que, basicamente, o problema não está na impossibilidade de interpretar em conformidade com a diretiva, mas na jurisprudência consolidada nacional. O que o tribunal tinha de fazer era afastar a tal jurisprudência e fazer uma interpretação conforme da disposição. Afastada a jurisprudência, é possível a interpretação conforme. Isto porque a disposição, só por si, não colocava qualquer entrave à distinção do senhor que não queria começar a receber a pensão de velhice.

FIM