

CONGRESSO INTERNACIONAL 25 ANOS NA UE
INSTITUTO EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DE
LISBOA

A EUROPA E UM DIREITO COMUM

Gostaria de começar por uma efeméride.

Não tarda muito, completam-se, em 5 de Fevereiro do próximo ano, exactamente 50 anos sobre um acórdão histórico do Tribunal de Justiça, no bem conhecido processo *Van Gend & Loos*.

Nele se escrevia, entre outras coisas importantes, que “...a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais”.

Há que dizer que esta formulação do Tribunal faz uso de expressões que entretanto foram ultrapassadas pela evolução da jurisprudência: por um

lado, a referência a uma “ordem jurídica de direito internacional” foi suprimida em jurisprudência ulterior, em nome da autonomia da ordem jurídica comunitária relativamente à ordem internacional; por outro lado, os progressos da integração levaram o Tribunal a falar de limitação de direitos soberanos “em domínios cada vez mais extensos”, em vez de “domínios restritos”, como no acórdão *van Gend & Loos*.

Este contribuiu, porém, para elevar o efeito directo para os particulares das normas do Tratado, independentemente de qual fosse a vontade das Partes Contratantes, à categoria de princípio estruturante da nova ordem jurídica, assim permitindo que esta se impusesse, nas palavras de *Costa/ENEL*, como “uma ordem jurídica própria”, distinta da que resulta dos “tratados internacionais ordinários”.

O reconhecimento jurisprudencial do efeito directo às disposições das directivas veio constituir o remate de uma jurisprudência que causou escândalo.

O passe de alquimia jurídico-política do Tribunal a este respeito consistiu em declarar que, sem pôr em causa a sua autonomia, aquela ordem “se integrava no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado” e que, portanto, se impunha aos órgãos nacionais, a

começar pelos tribunais. Qualquer leitura dualista das relações entre ordens jurídicas ficava, de uma penada, arredada do quadro de relações entre o direito comunitário e o dos Estados-membros.

Não foi preciso, depois, ao Tribunal mais que um simples golpe de asa para daí inferir que “esta integração, no direito de cada Estado-membro [...] tem 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 lhe pode opor”.

Aparentemente, não faltava aqui nada. A transferência de atribuições soberanas para a Comunidade dava carne e músculo ao novo corpo em gestação; e os Estados-membros ficavam impedidos de comprometer a eficácia e o efeito útil do direito comunitário, sem o que seriam “postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade”.

O primado, ou a prevalência, do direito comunitário sobre os direitos nacionais começa aqui a desenhar-se, como uma exigência existencial ou de sobrevivência da nova ordem jurídica. *Simmenthal* deu a estocada final na deriva autonómica das ordens jurídicas nacionais e nada ficou como dantes.

O interessante é que este princípio de primazia ou de prevalência é concebido pela jurisprudência como substancialmente distinto do princípio tradicional do primado em direito internacional, que exige apenas que os Estados respeitem as suas obrigações, sob pena de empenharem, retrospectivamente, a sua responsabilidade.

A ironia é que os constrangimentos daqui resultantes para a plena afirmação da soberania do legislador nacional, explicitados pela jurisprudência comunitária, encontraram aceitação nas ordens constitucionais dos Estados instituidores e, portanto, fundamento na própria vontade soberana destes Estados. Trata-se de “uma ordem jurídica por eles aceite” e de obrigações ou compromissos por eles livremente assumidos.

É duvidoso, contudo, que alguma vez isto tivesse acontecido se os tratados não houvessem criado, ao serviço desta nova ordem jurídica, um arsenal judicial apto a “dizer o direito” e a fazer a sua interpretação vinculativa.

O mecanismo do reenvio prejudicial tornou-se, neste contexto, a pedra angular da chamada ordem jurídica comunitária como uma ordem

jurídica aparte, dotada da consistência e unidade de aplicação que um tal mecanismo lhe assegura.

E não só: basta pensar, além disso, na fusão de regimes que o próprio Tratado (artigo 340.º TFUE) opera relativamente à responsabilidade civil extracontratual pelos danos causados pelas instituições e seus agentes e que o Tribunal alargou à responsabilidade dos Estados por violação do direito da União, mesmo quando esta seja imputável aos órgãos do poder judicial; ou na extraordinária sinergia que o regime instituído, em matéria de protecção da concorrência, pelo Regulamento 1/2003 desencadeou entre as competências concorrentes mas convergentes da Comissão Europeia, das autoridades nacionais da concorrência, dos tribunais nacionais e dos tribunais da União.

É indiscutível que a criação de uma ordem jurídica e de um sistema jurisdicional com estas características veio dar ao juiz – o nacional como o comunitário - um papel sem igual na dinâmica deste processo de integração regional.

Que o sistema se impôs com sucesso na base de uma jurisprudência criativa e expansiva testemunha-o o facto de o número de cinco questões

prejudiciais, todas holandesas, que deram entrada em 1962 haver sido multiplicado por 50, 60 ou 70 em cada um dos anos de 2006 a 2010.

Aparentemente, o Tribunal de Justiça terá ido até longe demais no seu zelo “construtivista”.

Em primeiro lugar, notar-se-á que a transferência de direitos soberanos em benefício da ordem jurídica comunitária foi rotulada, pelo Tribunal, de “limitação definitiva” (*Costa/ENEL*) ou de compromisso “incondicional e irrevogável” (*Simmenthal*), incluindo aí os domínios de competências partilhadas em que a União, exercendo as suas, as converteu naquilo a que alguém Koen Laenerts chamou “competências exclusivas por exercício”.

A evolução ulterior da ordem jurídica da União veio pôr em dúvida a prudência de tais afirmações. A consagração do princípio da subsidiariedade e o reconhecimento, no próprio Tratado (artigo 5.º, n.º 3, TUE), de que a União pode deixar de exercer as competências que assumira, devolvendo-as assim aos Estados-membros, confirmam que a ocupação do terreno pelo legislador da União não é irreversível e que a sua intensidade pode conhecer movimentos de fluxo e de refluxo.

Ao nível dos Tratados, porém, habituámo-nos, desde Maastricht e olhando para a “passerelle” de sentido único criada no artigo K.9, entre o “terceiro pilar” intergovernamental e os domínios nucleares de competência da Comunidade, a conviver com a ideia de desapossamento progressivo mas irreversível, em favor desta última, de áreas historicamente reservadas ao espaço de soberania dos Estados-membros.

No fundo, pode discutir-se se, no estado actual de “constitucionalização” da ordem jurídica da União, os Estados são ainda os “senhores dos Tratados”.

Se o meu amigo Nuno Piçarra e eu próprio tínhamos razão – e eu creio que sim – quando sustentámos, sem ser contraditados, em artigo que publicámos há perto de 20 anos, que os Pareceres 1/91 e 1/92 do Tribunal de Justiça, implicam o reconhecimento da existência, ao lado de limites formais e processuais, de limites materiais explícitos e implícitos à revisão dos tratados, parece-me poder dar por adquirido que os Estados-membros já não são “senhores absolutos” dos Tratados.

É certo que, hoje em dia, já é possível a qualquer Estado-membro decidir retirar-se da União; nada poderia mesmo impedir, no plano dos factos,

que os Estados-membros decidissem, por unanimidade, extinguir a União e a sua ordem jurídica ou alterar radicalmente a sua identidade.

Mas estaríamos então a entrar num domínio meta-jurídico, a falar de um acto quase revolucionário, que escaparia à legalidade instituída.

Não chegámos aí, felizmente, nem estamos sequer na véspera de um tal *doomsday!*

No entanto, a um outro propósito a dinâmica pró-integração do Tribunal de Justiça tem suscitado franzires de sobrolho entre as ordens jurídicas e os seus zeladores.

Com efeito, ao proclamar, primeiro timidamente (*Costa*), depois de forma declarada, que a primazia do direito comunitário se estende, de modo absoluto e sem qualificações, às normas constitucionais, o Tribunal abriu a porta à invocação, pelos tribunais constitucionais, da sua missão de assegurar o respeito e a preservação dos princípios fundamentais da respectiva ordem constitucional.

A história, fértil em episódios controversos, do confronto jurisdicional entre o Tribunal de Justiça e os tribunais constitucionais alemão e italiano ilustra bem o problema.

Em matéria de tanta delicadeza político-constitucional, o bom senso não pode deixar de temperar o activismo dos juízes constitucionais, qualquer que seja o lado da equação jurisdicional em que se encontram. A verdade é que, nesta matéria, pode dizer-se que a guerra de trincheiras que tanta emoção suscitou ao início tem dado lugar a um diálogo, empenhado na superação do conflito e na descoberta de apropriadas vias de comunicação estrutural entre os dois níveis de ordens jurídicas.

Que assim tem sido, confirmam-no os pronunciamentos de 2004 dos tribunais constitucionais espanhol e polaco, a propósito, respectivamente, da ratificação do projecto de Tratado que instituía uma Constituição para a Europa e da adesão da Polónia à União Europeia. Expressam-no também os termos do debate doutrinal que a esse propósito tem tido lugar entre nós.

Mas testemunha-o ainda a atitude construtiva que o Tribunal de Justiça acabou por perfilhar após hesitações iniciais.

É disso exemplo a jurisprudência direitos fundamentais e a forma como o Tribunal – acossado, diga-se, pela pressão dos juízes alemães e italianos – conseguiu converter um impasse na protecção jurisdicional dos direitos fundamentais numa corrente de jurisprudência que não só forneceu a matéria prima para a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como, sobretudo, lançou as bases daquilo que, parecendo o ovo de Colombo, pode ser qualificado como um dos passos mais importantes no caminho do estabelecimento de mecanismos permanentes de *confidence building* entre a ordem jurídica da União e as ordens constitucionais dos Estados-membros.

Ao erigir os direitos fundamentais em princípios superiores da ordem jurídica da União, com os quais os actos das instituições não podem deixar de conformar-se, e ao encontrar a sua fonte, antes de mais, nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, o Tribunal deu a chave de resolução de uma equação que a inflexibilidade anterior parecia ter tornado insolúvel.

A partir daí, ficou assegurado que, em regra, o risco de conflito entre os princípios estruturantes da ordem comunitária e os traços essenciais definidores das constituições dos Estados-membros, se não estava, na prática, inteiramente afastado, ficava, em todo o caso, consideravelmente

atenuado através deste processo de fertilização cruzada que garante, em larga medida, uma congruência estrutural entre os princípios fundamentais das duas ordens.

Caso contrário, isso significaria, certamente, que algum Estado se afastava do núcleo de princípios integrantes de uma civilização jurídica comum e que, ou arrepiava caminho ou alguma coisa estava errada na decisão de aderir e de ser aceite como membro da União. Diga-se que, à medida que a Comunidade se foi alargando até constituir uma União de 27 países, essa eventualidade se vai tornando mais e mais plausível.

Em todo o caso, há que reconhecer também que os autores e os reformadores dos tratados souberam responder às preocupações legítimas dos “soberanistas”, ao fundarem a ordem jurídica da União em mais um lote de princípios susceptíveis de reduzir a margem de conflitualidade entre ordens jurídicas.

Antes de mais, a União só intervém nos limites das competências atribuídas pelos Estados (artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, TUE); em seguida, em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-membros e as suas instituições estão vinculados por uma obrigação de respeito mútuo e um dever de colaborar na realização dos objectivos comuns (artigo 4.º,

n.º 3, TUE); finalmente, a União deve respeitar a riqueza da diversidade cultural e linguística e a identidade nacional dos seus Estados-membros, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (artigo 4.º, n.º 2, TUE).

Numa palavra: a ordem jurídica da União ou se baseia na coexistência e na convergência com as ordens constitucionais dos Estados-membros baseadas em princípios e valores comuns ou perde toda a sua legitimidade e poder agregador.

Reconheça-se, porém, que a própria marcha da integração e a força dos factos num mundo globalizado de economias cada vez mais interdependentes vai criando oportunidades de fricção em novos domínios da acção da União.

É assim que a afirmação, pelo Tribunal Constitucional alemão, da soberania orçamental como um dos pilares da democracia nacional pode impedir a adopção de medidas de reforço do governo económico da União e de controlo das políticas orçamentais e fiscais dos Estados capazes de assegurar a sobrevivência do euro e da UEM.

Nesse contexto, a possibilidade de uma marcha-atrás no processo de integração, com previsível compromisso do grau de realização do mercado interno já alcançado, constituiria um golpe, porventura irreparável, na coesão interna do sistema jurídico que suporta a União Europeia como uma União governada pela regra de direito.

Mais uma vez, só a efectividade de uma tutela jurisdicional – dos direitos dos Estados como dos particulares – equivalente, ao nível da União, à que asseguram, em particular, as ordens constitucionais de alguns Estados-membros permitirá manter a coesão do sistema e evitar novos confrontos susceptíveis de o enfraquecerem sem remissão.

Essa é uma tarefa de Hércules a que o Tribunal de Justiça da União não deverá poder escapar a breve trecho.

Outras o esperam certamente. Uma delas, a articulação com a Convenção Europeia e o Tribunal de Estrasburgo, no quadro da prevista adesão da União à Convenção.

Por outro lado, o caminho da globalização não poderá deixar de interpelar fortemente a jurisprudência do Luxemburgo: seja pelo impacto sobre a dinâmica do mercado interno e a política agrícola comum; seja, no

domínio da política de concorrência, pela criação de fóruns internacionais de concertação e de harmonização das práticas decisórias entre a generalidade dos países industrializados.

Nesta encruzilhada, há pouco lugar para optimismos. Mas, ao ponto a que se chegou, só a força da ordem jurídica da União poderá salvá-la! Há, por isso, que evitar uma qualquer “Babel of judicial voices” (na expressão de Rosalyn Higgins) que ponha os povos da Europa e do mundo uns contra os outros!

Lisboa, 29 de Novembro de 2011

José Luís da Cruz Vilaça