

Suzana Tavares da Silva

Direitos Fundamentais na Arena Global

(Página deixada propositadamente em branco)



E

N

S

I

N

O

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra
Email: imprensauc@ci.uc.pt
URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc
Vendas online <http://www.livrariadaimprensa.com>

CONCEPÇÃO GRÁFICA

António Barros

INFOGRAFIA

Mickael Silva
Imprensa da Universidade de Coimbra

EXECUÇÃO GRÁFICA

Tipografia Lousanense

ISBN

978-989-26-0110-6

ISBN DIGITAL

978-989-26-0226-4

DOI

<http://dx.doi.org/10.14195/978-989-26-0226-4>

DEPÓSITO LEGAL

333982/11

Suzana Tavares da Silva

Direitos Fundamentais na Arena Global



• COIMBRA 2011

(Página deixada propositadamente em branco)

SUMÁRIO

Introdução	7
Parte I	9
Direitos fundamentais e transconstitucionalismo	9
1. Constitucionalismo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo multinível e transconstitucionalismo	9
2. Os direitos fundamentais constitucionais e as Cartas de Direitos.....	17
3. Os princípios, a metódica dos direitos fundamentais na internormatividade e o <i>judicial dialogue</i>	23
a) <i>Princípios nacionais e supranacionais</i>	25
b) <i>Problemas metodológicos</i>	33
 <i>Roteiro jurisprudencial para apreensão das diferenças metódicas entre a resolução de litígios de direitos fundamentais por tribunais internacionais e a resolução de litígios de direitos fundamentais no contexto transconstitucional e do judicial dialogue</i>	77
Parte II	99
Direitos sociais e mercado.....	99
1 – Diagnósticos para uma reforma necessária e urgente.....	100
2 – Os postulados do sistema que finda	107
3 – Pistas para a reconstrução da socialidade no “pós-direitos adquiridos”	116
4 – A aplicação da nova dogmática em um pressuposto de “reabilitação da socialidade”	124
Parte III	135
Direitos, liberdades e garantias na globalização	135
1 – Medidas legislativas especiais em matéria de terrorismo.....	138
2 – Resposta internacional e europeia: as <i>dificuldades da multi-level governance</i>	144

3 – Uma proposta alternativa: o <i>risco do terrorismo</i> como nova categoria dogmática	152
4 – As “descontinuidades democráticas” do transconstitucionalismo e a resiliência dos direitos de participação política na arena global.....	154
Conclusão	167
Bibliografia	169

INTRODUÇÃO

O objectivo principal deste trabalho é fornecer um roteiro epistemológico para apoio à unidade curricular de Direito Constitucional I, do mestrado em direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A estrutura do texto é fácil de apreender: seleccionámos um tópico-director – a ruptura dos postulados em que assentou o contrato social alicerçador dos movimentos jurídico-políticos do constitucionalismo dos séculos XVIII, XIX e XX – e duas áreas de verificação-experimentação – socialidade e terrorismo – com o propósito de tentar perceber se hoje uma parte da jurisprudência labora ou não em erro ao defender, de uma forma desajustada da realidade, um conjunto de valores e princípios (actualmente relegados a uma matriz meramente regional), os quais carecem de adaptações para poderem continuar a desempenhar a função de elementos referenciais da *justiça social* das comunidades nacionais. No que respeita à sistematização, optámos pela combinação da análise de referências doutrinárias clássicas e contemporâneas em articulação com um conjunto de *case studies* que servem de laboratório às reflexões propostas.

Trata-se de um texto problematizador, ajustado às exigências de um segundo ciclo de estudos em direito, no qual se espera que os destinatários directos encontrem mais dúvidas que respostas, pois é a partir das perguntas que podemos traçar linhas de investigação científica. A publicação visa também alargar o universo dialógico e contribuir para o debate geral sobre as virtualidades do *direito em rede* como matriz normativa de um *modelo social dinâmico consentâneo com a globalização do contexto económico*.

SIGLAS E ABREVIATURAS

BVG ou *BVerfGE* – *BundesVerfassungsGericht* (tribunal constitucional alemão)

CADH – Carta Árabe dos Direitos Humanos

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem

CRP – Constituição da República Portuguesa

EUA – Estados Unidos da América

GG – *Grundgesetz*

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

séc. - século

TC – Tribunal Constitucional Português

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

PARTE I
DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRANSCONSTITUCIONALISMO

O primeiro problema a enfrentar prende-se com a localização dos direitos fundamentais no constitucionalismo, ou, para sermos mais rigorosos, nas *transições constitucionais* (Vergottini, 1998). Será verdade que os direitos fundamentais, que funcionaram tantas vezes como *motor das transições* ou *momentos constituintes*, são os responsáveis pela aniquilação das Constituições dos Estados europeus no dealbar do séc. XXI, quando estes se preparavam para mais uma transição constitucional, desta feita para ajustar o “espaço nacional” à “arena regional e global”? Por outras palavras, terá o constitucionalismo sucumbido à globalização económica por causa das “aberturas constitucionais” ao transconstitucionalismo dos direitos fundamentais? Terão as constituições perdido a sua força quando a narrativa se alargou à “constituição total”? Teriam as cartas de direitos, que se multiplicaram na segunda metade do século passado, como objectivo reforçar a “coesão entre nações” ou pretenderiam elas já emergir como sucedâneo dos “catálogos nacionais” num cenário de transição do constitucionalismo para o transconstitucionalismo e daí para um projecto de poder supranacional fundado na “legitimidade pelos direitos humanos” (Habermas, 2001, pp. 170ss.)?

1. Constitucionalismo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo multinível e transconstitucionalismo

A “crise do constitucionalismo” tem diversas facetas e outros tantos rostos cuja identidade importa sublinhar. Na verdade, os princípios fundantes

daquele movimento que nos finais do séc. XVIII teve origem nos Estados Unidos e que rapidamente se propagou à França, e daí a todos os Estados-nação europeus, conhecido como constitucionalismo, constituem um *milestone* ir-repetível na fundação da “democracia constitucional contemporânea” (Cueva Fernández, 2011). Não porque se devam considerar o *big bang* de uma ordem social fundada na paz, pois antes já outras experiências constituintes haviam produzido importantes frutos nesse sentido, como era o caso do “grande projecto de conciliação social e política” de Cícero, no domínio da “constituição dos antigos” (Fioravanti, 1999), ou mesmo dos diversos textos que foram cimentando o constitucionalismo histórico dos britânicos (Canotilho, 2008) e o processo de “nivelamento dos direitos” (Cueva Fernández, 2011).

E mesmo depois, o processo que conduziu à aprovação da Constituição da África do Sul, bem como o respectivo texto final, revelaram-se igualmente trabalhos notáveis e permitiram compreender que a força da génese constitucional como elemento agregador de uma comunidade continuava viva e que havia ainda “caminho para andar” no constitucionalismo. Mas o que tornou os movimentos do constitucionalismo moderno ir-repetíveis foi a capacidade de congregação, em um determinado momento histórico, dos membros de uma comunidade na comunhão de dois postulados pétreos que romperam com as práticas político-sociais anteriores: a separação de poderes e a dignidade da pessoa humana.

Foram estes dois postulados que estiveram na origem das diversas leis fundamentais aprovadas em cada Estado-nação no séc. XX, incorporando diversas premissas materiais densificadoras dos mesmos. E assim, com algumas variantes, quer no que toca à construção da forma de governo, ou seja, aos esquemas de equilíbrio e balanceamento dos poderes, quer no que respeita aos compromissos entre Estados e cidadãos em matéria de delimitação do âmbito das liberdades e do recorte dos direitos cívicos, quer aos compromissos entre cidadãos e comunidade no que concerne às dimensões prestacionais tendo em vista a coesão social (diferentes meta-narrativas), a verdade é que os Estados se centraram na implementação e aperfeiçoamento destes postulados com afinco, permitindo que a humanidade conhecesse um período de paz a que se seguiu, conseqüentemente, uma enorme prosperidade económica e social.

Uma prosperidade que aparece sobretudo associada ao *neoconstitucionalismo* enquanto superação do positivismo jurídico e integração do elemento coercivo com um elemento valorativo na estrutura da norma jurídica, apresentando-se a mesma como resultado de um *objectivismo valorativo* (Atienza, in Carbonell/Jaramillo, 2010, pp. 268), que leva Dworkin a defini-lo sob a expressão: “tomemos os direitos (a Constituição) a sério” (Dworkin, 1989).

A Constituição, também designada com propriedade como Magna Carta ou Lei Fundamental, desempenhou diversas funções ao longo dos últimos séculos e abrigou diversos projectos políticos. Através da Constituição os cidadãos identificavam-se com o seu projecto de comunidade política e social e os Estados apresentavam-se perante as instâncias internacionais com identidade própria. Desta forma, aquele documento não só caracterizava a identidade nacional, como servia ainda de parâmetro de controlo do poder, independentemente da natureza jurídica do “guardião” escolhido para o efeito.

A “crise do constitucionalismo” ou, se preferirmos, a *transição constitucional inacabada e imperfeita*, haveria de surgir mais tarde, como consequência, por um lado, do reforço das instâncias internacionais no contexto pós-guerra e, por outro, do triunfo do modelo de constituição liberal em resultado da queda do regime soviético. É a partir deste momento que diversos autores começam a apontar as deficiências e insuficiências das Constituições perante “a nova ordem (económica) global”. E é curioso notar que a “crise do constitucionalismo” conhece dois movimentos complementares, ambos igualmente destrutivos do referencial moderno do conceito: a banalização do termo constituição, através da sua utilização como denominador de realidades distantes da génese conceptual (veja-se o exemplo da constituição da OIT e, a seu modo, também o malogrado projecto de Constituição europeia em que “*uma constituição constituinte se pretendia impor ao processo constituinte*” – de Miranda in Colóquio Ibérico, 2005, pp. 545) e o ataque directo à narrativa material, reclamando o seu afastamento quando estão em causa os novos valores do *desenvolvimento global* (veremos mais à frente que a juridicização da sustentabilidade económico-financeira foi o primeiro elemento para a relativização do princípio da proibição do retrocesso social).

Em finais da década de 80, após a inquietante construção das mudanças estruturais da esfera do público de Habermas, Giddens apresenta a sua *constituição da Sociedade* (Giddens, 1984), uma obra que, através do estudo da estruturação social, pretendia revelar a dinâmica da Sociedade e a sua capacidade de organização para a produção do bem comum. É uma “constituição” que em nada se assemelha às notas do constitucionalismo, mas cuja expressão pretendia transmitir a força do poder da autonomia privada e que foi fonte de inspiração para a “delegação” na Sociedade de muitas tarefas de interesse público, no contexto da privatização e desregulação económicas. Nesta fase, alguns acreditam que o direito público será arredado pela crescente importância da *lex mercatória* e pelas virtudes dos mercados na redistribuição mais equitativa e justa do rendimento.

Já no plano do político, destacamos algumas reflexões que têm subido o tom na discussão sobre o papel da Constituição no actual contexto sócio-político e económico. Em primeiro lugar, sublinhamos a crítica de Ackerman – que celebrizou a expressão *provincianismo constitucional* – à falta de abertura das Magnas Cartas a realidades que se desenvolviam extra-estadualmente e relativamente às quais a Constituição acabava por funcionar como “bloqueador”, perdendo nessa medida, paulatinamente, a ligação à comunidade. Como o autor de resto sublinha, a Constituição dos Estados Unidos, interpretada apenas no seu contexto e na sua circunstância, *i. e.*, sem absorver os princípios firmados em documentos fundamentais do pós-guerra como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, corria o risco de conduzir a soluções inconstitucionais segundo o parâmetro do constitucionalismo mundial emergente (Ackerman, 1999, pp. 47ss).

Quase ao mesmo tempo, Habermas dava conta, num ensaio político de 1998, da importância dessa realidade extra-estadual, referindo-se às *constelações pós-nacionais*, entre as quais destacava, por exemplo, o papel da OCDE na dinamização dos processos de integração económica e o consequente contributo para o desmantelamento do tradicional Estado Social (Habermas, 1998, pp. 79ss).

Também o aprofundamento do processo de integração europeia suscitou diversas reflexões pertinentes sobre o papel da Constituição, e se para alguns assistíamos a um fenómeno de *interconstitucionalidade*, traduzida num

diálogo entre os Tratados Europeus e as Constituições dos Estados-membros (Lucas Pires, 1997), para outros o problema acabaria por se revelar mais complexo, reconduzindo-se a um *sistema multinível* de leis fundamentais, que ficaria conhecido como *constitucionalismo multinível* (Pernice, 2004, pp. 26).

A esta complexidade haveria de acrescer ainda o desenvolvimento da *global administrative law* associado à fragmentação da normatividade e à concorrência entre ordenamentos jurídicos de proveniências diversas, alguns estaduais, outros sociais, organizacionais, internacionais ou institucionais (Fisher-Lescano/Teubner, 2006). E a Constituição, também ela um instrumento normativo em si fragmentário, não teria resposta para o problema. A Constituição fora concebida para agregar uma comunidade-nação sob um projecto político (e para alguns também social e económico) e não para resolver problemas de colisões entre ordenamentos jurídicos.

Neste contexto, a Constituição perde força, e o seu estatuto de lei fundamental é abalado, tendo a mesma de se confrontar com duas possibilidades: ou ficar à margem desta realidade, e ver-se arredada da regulação de alguns domínios, com o risco de perder o seu papel essencial na conformação jurídica do Estado e da Sociedade-nação, ou entrar na luta, e arriscar-se a perder a sua função de lei suprema, vendo-se suplantada em diversos domínios por vigorosos *global standards* produzidos à margem dos esquemas políticos tradicionais e por um eficaz e cimentador *soft law*. Para muitos, esta tensão justifica a *animosidade dos westfalianos* perante a globalização e a rede que a caracteriza (Atienza, *in* Carbonell/Jaramillo, 2010, pp. 270).

As inquietações sobre o papel da Constituição não param de surgir e a doutrina germânica uniu ao debate duas linhas de orientação para uma construção jurídica da superação do problema: a que denominaremos como *via jurídico-normativa*, que nos guiará ao longo das reflexões deste estudo, e a *via político-económica*, que embora assente numa retórica em parte ainda jurídica, acaba por ter como *punctum saliens* o equilíbrio dos poderes no jogo das relações internacionais entre esferas estaduais e supraestaduais. No âmbito destas construções destacamos a proposta de *Volkman*, que radica na compreensão da Constituição como um “quadro aberto”, ou, à letra, um “quadro de busca” (Volkman, 2008, pp. 88), um testemunho que

se transmite de geração em geração e que em cada momento aplicativo reclama interpretação e integração, para que exista uma identificação dos destinatários com o respectivo conteúdo (a acentuação da proposta das *living constitutions*).

Também Gomes Canotilho parece ter optado pela *via jurídico-normativa*, fazendo uso do conceito de *internormatividade* para qualificar as relações entre a Constituição e os restantes ordenamentos de regulação, respondendo às dificuldades suscitadas pela fragmentaridade pós-moderna ao constitucionalismo de uma forma veemente: *Bringing the State Back in!* (Canotilho, 2006, pp. 192).

Já Marcelo Neves escolhe o termo *transconstitucionalismo* para descrever o processo de adaptação constitucional à complexidade actual. Segundo o autor, o *transconstitucionalismo* não consubstancia em si uma novidade, pois ele já era observável no quadro do constitucionalismo moderno através dos processos reflexivos de concretização aplicativa da lei fundamental – as “pontes de transição” entre o direito e a política. Assim, é o alargamento do processo reflexivo a outras esferas normativas o que dita novas dinâmicas, muitas vezes essenciais ao desenvolvimento nos países emergentes (Neves, 2009).

Todavia, a garantia dos direitos neste quadro normativo complexo põe em evidência uma das preocupações centrais deste novo horizonte jurídico, pois a construção de *passerelles jurídicas* (Cassese, 2009, pp. 137ss) pelo poder judicial na tentativa de alcançar a justiça no espaço global acaba por se revelar uma tarefa mais que difícil até perigosa, evidenciando que não devemos confiar em tribunais que não se integram em uma ordem política fundada em um poder democrático. O espaço da *global law* é também a oportunidade para o desenvolvimento dos mecanismos alternativos de resolução de litígios. A crise do poder judicial tradicional é também partilhada pelos constitucionalistas norte-americanos quando analisam os poderes das entidades jurisdicionais de nível supranacional (Monaghan, 2007, pp. 833).

Mas um dos pontos principais que haveria de conduzir à actual situação de *crise do constitucionalismo* resultou da percepção dos limites que o *constitucionalismo total* (Kumm, 2006) apresentava perante o contexto económico globalizado, ou seja, após um longo período de apelo inesgotável ao texto constitucional através da juridicização dos mais diversos problemas,

muitos de natureza política e social, de uma construção expansionista da *Drittwirkung* – que começou por significar apenas o reconhecimento da eficácia externa (eficácia em relação a terceiros) dos direitos fundamentais, para vir a reforçar o seu campo de aplicação no domínio das relações jurídicas horizontais, resultando em um alargamento do *dever de protecção* do Estado (*Schutzpflicht*), como forma de garantir o núcleo essencial da “norma de protecção” – e de uma distorção do sentido originário da *State Action Doctrine* – a *state action doctrine* nasce do pressuposto de que as liberdades individuais são um limite ao poder do Estado, mas foi depois mobilizada pelo Supreme Court para legitimar o poder de interferência do Estado na ponderação de conflitos entre liberdades individuais de forma a garantir uma esfera de liberdade individual (Huhn, 2006) –, verificou-se que a pretensão de transformar um documento que nascera para limitar o poder num mandamento para a *optimização judicial da protecção dos direitos*, acabava por realçar a fraqueza da própria constituição e também a sua incapacidade para dar resposta adequada aos problemas que emergiam num espaço supra-estadual.

Se a isto somarmos o facto de as disposições constitucionais em matéria económica, que consubstanciam o suporte material para a concretização dos direitos (Balaguer Callejón, 2008, pp. 39), terem perdido eficácia no contexto das constituições dos países europeus, assistindo-se neste domínio a uma constrição do poder de intervenção dos Estados na economia pelos princípios que informam a ordem económica europeia, facilmente identificamos outro segmento importante, igualmente responsável pela “crise do constitucionalismo” e pelo enfraquecimento da Constituição como “norma de protecção”. É caso para afirmar que nem só de democracia e liberdade vivem o constitucionalismo e os direitos fundamentais!

Em resumo, no séc. XX foram-se acentuando as dificuldades na articulação entre a clássica “constituição política” e a que veio a designar-se como “constituição civil” ou “constituição social”, desenvolvida sobretudo na Europa, no período entre guerras, como instrumento de implementação de um projecto social, e cujas marcas essenciais radicam precisamente na igualdade entre homens e mulheres (impondo por exemplo ao legislador o reconhecimento do divórcio e a modificação das leis sucessórias), na limitação

da propriedade privada através do reconhecimento de uma função social inerente à mesma (Ruiz-Rico Ruiz, 2010), e na definição de um *standard mínimo de protecção social pública*, fundado no princípio da solidariedade (para alguns concebido como *princípio da socialidade*).

Assim, a fragmentariedade imposta pela *global law*, somada à desarticulação interna do projecto social fundamental, motivada pela *interculturalidade* e pela *globalização económica*, esta última responsável ainda pela drástica redução das receitas fiscais do Estado, conduzem à crise do constitucionalismo, e a Constituição passa a ser vista por alguns autores como um documento desprovido de força executiva e de efectividade, recuperando-se no pior sentido o conceito de *constituição aberta* (Häberle, 1975). Uma constituição cujo conteúdo se revela, em grande medida, cativo da concretização aplicativa dos respectivos preceitos, passando de um modelo de *paramount law* para um modelo de *good-governance constitucional* (Canotilho, 2006, pp. 281ss), caracterizado pela reconstrução do jurídico segundo um processo *bottom-up*, em que a norma deixa de ter como principal função a prescrição de condutas para passar a apresentar-se como um mecanismo para “facilitar formas de acção”, perdendo dimensão política e valorativa (Atienza, *in* Carbonell/Jaramillo, 2010, pp. 272).

Aplicado às normas de direitos fundamentais, o *modelo da governance* revela os seus perigos: a força dos direitos fundamentais não resulta do consenso mas sim da universalidade dos valores que incorporam. Mas no estágio actual a *globalização* mostra as fraquezas da universalidade e apela apenas à *tolerância* como princípio-chave para a harmonização intercultural.

Porém, não obstante a predominância do discurso centrado na descrença generalizada na força da constituição e no conteúdo material da norma jurídica, assistimos hoje, paralelamente, ao esforço envidado por outros autores que tentam recuperar o sentido do constitucionalismo como expressão do poder político para refundar a força e o papel da Constituição na era global (Kuo, 2009). Tomaremos em conta estes contributos, sobretudo nos “testes de resistência” ao constitucionalismo que iremos propor em matéria de análise das medidas de combate ao terrorismo, mais concretamente, as respostas inteligentes que os sistemas jurídicos construíram no domínio do contraterrorismo para não perder o controlo das Constituições.

Neste contexto, o grande teste de resistência ao constitucionalismo parte precisamente do papel que nele ainda é possível reconhecer aos direitos fundamentais constitucionais no quadro da internormatividade, quer aos direitos sociais, mais expostos às dificuldades em virtude, por um lado, da diminuição das receitas públicas, e, por outro, da internacionalização de muitos sectores económicos essenciais ao bem-estar das populações, quer às liberdades fundamentais, que ameaçavam ser sacrificadas em nome da segurança no contexto pós-11 de Setembro.

2. Os direitos fundamentais constitucionais e as Cartas de Direitos

Apesar de podermos encontrar manifestações de constitucionalismo na era antiga, sobretudo associadas à necessidade de racionalizar os esquemas de governo da *polis* e da *república*, percebemos que a *garantia constitucional dos direitos fundamentais*, tal como hoje a compreendemos, enquanto elemento essencial de um Estado de direito democrático, é um fenómeno bem mais recente.

É esse, essencialmente, o fio condutor deste curso – a garantia, protecção ou efectividade dos direitos fundamentais –, pois se o afã de *fundamentar* os direitos tem permitido interessantes e frutíferas discussões, mormente entre as teses jusnaturalista, as de matriz cultural e as de base positivista-voluntarista (Balaguer Callejón, 2008, pp. 35ss), a verdade é que o problema mais premente hoje é o da respectiva protecção ou efectivação através da sua concretização aplicativa.

Assim, os valores propalados na antiguidade dificilmente podem consubstanciar uma génese dos direitos do Homem (Vieira de Andrade, 2009, pp. 19). E até a doutrina jusnaturalista, que concebe como matriz da jusfundamentalidade dos direitos a liberdade pessoal (direito à autodeterminação), a igualdade e a dignidade da pessoa humana, enquanto valores (direitos inerentes ao indivíduo) anteriores ao Estado, tem dificuldade em localizar a génese da efectividade destes “primeiros” direitos nos constitucionalismos (Piero/Schlink, 2008, pp. 15).

Com efeito, os documentos pactícios do constitucionalismo britânico – *Magna Charta* de 1215, *Petition of Right* de 1628, *Abolition of Star Chamber* de

1641, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1689 – não se enquadram verdadeiramente no paradigma jusnaturalista dos *direitos individuais*, uma vez que a igualdade, a liberdade e a dignidade matriciais da jusfundamentalidade são necessariamente universais, e essa universalidade apenas se veio a verificar com as Declarações de Direitos norte-americanas e com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 (Vieira de Andrade, 2009, pp. 23).

O contributo inovador dos documentos pactícios do constitucionalismo medieval britânico para a emergência dos direitos fundamentais radica sobretudo na manifestação primitiva de uma “limitação do poder”, revelada no “reconhecimento convencional de direitos” a determinadas classes sociais. Embora não deixamos de subscrever também a importância do contributo dado pelos *niveladores* na República de Cromwell, em especial o regime da *New Model Army*, onde se podem já encontrar elementos que virão a estar posteriormente na génese do constitucionalismo norte-americano (Cueva Fernández, 2011).

Assim, é precisamente à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que se deve a “revolução jusfundamental dos direitos”, designadamente ao disposto no respectivo art. 16.º, onde se pode ler que *a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*. E não à Declaração de Direitos de Virgínia (1776), que em nosso entender se inscreve sobretudo no contexto do processo de construção da independência dos Estados Unidos (a afirmação do autogoverno estadual), assumindo um papel instrumental face àquele objectivo, o que explica a existência de “documentos separados” em quase todos os Estados (o *frame of government* e o *bill* ou *declaration of rights*) e em alguns a inexistência até de uma declaração de direitos, pois o objectivo primacial das revoluções era a afirmação dos “direitos políticos”. A “estabilização de um *Bill of Rights* comum da federação” apenas foi possível em 1789 com a aprovação das primeiras emendas (Cueva Fernández, 2011).

Cabe não esquecer que os direitos fundamentais de raiz individual consubstanciam verdadeiras garantias institucionais do ordenamento jurídico, funcionando subjectivamente como “trunfos contra a maioria” (Reis Novais, 2006) e objectivamente como garantes da paz social, ou seja, representam

uma limitação ao poder democrático, e daí a importância de consagrá-los nos textos constitucionais como forma de garantir a respectiva efectividade. Podemos mesmo afirmar, sem grandes preocupações de rigor dogmático, que colocada a questão neste plano de ponderação entre direitos e poder democrático, estaremos sempre no domínio dos *domestic affairs*, que é aquele onde os *direitos fundamentais constitucionais* vigoram em todo o seu esplendor.

Todavia, as Guerras, sobretudo o contexto do pós-IIª Guerra Mundial, trouxeram um projecto novo: a *garantia internacional de direitos humanos*. Assim se explica que entre os propósitos da Carta das Nações Unidas, de 1945, se incluísse o de “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, bem como das nações, grandes e pequenas”. E assim se justifica também que este propósito viesse a materializar-se na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948.

Mais tarde, em 1966, o *Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais* e o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*, viriam a constituir dois documentos importantes no âmbito da consciencialização dos Estados para o reconhecimento e o respeito pelos direitos e liberdades dos indivíduos enquanto expressão do valor da *dignidade da pessoa humana*. Todavia, estes Pactos são documentos de *soft directives*, especialmente destinados aos Estados, e não direccionados especificamente para os indivíduos, o que permite compreender a quase nula efectividade dos respectivos preceitos, “guardados” apenas pelos ineficazes “comités”.

Embora desprovido em grande medida de efectividade, a verdade é que o *movimento internacional pela promoção dos direitos humanos* serviu de inspiração às organizações supranacionais emergentes, como aconteceu com a Declaração de Direitos dos Estados Americanos, elaborada logo em 1948, e que serviu como ponto de partida para a *Convenção Americana dos Direitos do Homem* (S. José da Costa Rica), celebrada em 1969. Cabe sublinhar que os direitos consagrados na Convenção gozam de efectividade, garantida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, à qual os Estados reconhecem poder para elaborar relatórios e informações sobre a actuação dos Estados, bem como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,

entidade a quem os Estados signatários da Convenção reconhecem força vinculativa às respectivas decisões (art. 68.º da Convenção).

Este movimento internacional explica também as preocupações da Europa e da Comunidade Económica Europeia em colocar, desde o primeiro momento, os direitos do Homem na sua lista de prioridades, a par do projecto de integração económica. A iniciativa acabaria, contudo, por caber ao Conselho da Europa, que aprovou, em 1950, a *Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem*, a que se somam os diversos *protocolos adicionais*, bem como a *Carta Social Europeia*, de 1961, e a sua *versão revista*, de 1996. Nesta última podemos dizer que se encontram já identificadas as bases do “modelo social europeu”.

A experiência europeia culmina com a aprovação da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (CDFUE), em 2001, que veio a entrar em vigor conjuntamente com o Tratado de Lisboa, e que suscita diversos problemas jurídico-dogmáticos no que respeita à articulação entre os diversos níveis ou tipos de protecção jurídica de direitos fundamentais que hoje coexistem no “espaço da internormatividade regional europeia” (Duarte, 2006; Bleckmann, 2011). Um problema do qual nos ocuparemos mais em pormenor no ponto seguinte.

Ainda no plano internacional, merecem referência a *Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos*, assinada em 1981, em Nairobi, que entrou em vigor em 1986, bem como a *Carta Árabe de Direitos Humanos* (CADH), aprovada na Tunísia, em 2004, que entrou em vigor em 2008.

É sobretudo nestes territórios, onde se registam arreigadas identidades culturais impermeáveis a alguns valores do universalismo jusfundamental, que importa apreender a efectividade das Cartas de Direitos e avaliar a capacidade do respectivo contributo para melhoria da qualidade do modelo social vigente.

Em África, a Organização da Unidade Africana anuncia a promoção dos valores da liberdade, igualdade, justiça e dignidade como legítimas aspirações do povo africano, mas as dificuldades que enfrenta na concretização destes objectivos são bem patentes. Dificuldades emergentes, desde logo, da falta de efectividade das disposições da Carta, devidas, quer à falta de efeitos vinculativos das decisões da Comissão Africana

dos Direitos do Homem e dos Povos, quer à complexidade que envolve a implementação do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, aprovado pelo Protocolo adicional à Carta, adoptado em 1998, no Burkina Faso. O mencionado Protocolo, que entrou em vigor em 2004, foi subscrito pela Argélia, Burkina Faso, Burundi, Costa do Marfim, Camarões, Gabão, Gambia, Gana, Quênia, Líbia, Lesotho, Mali, Moçambique, Mauritânia, Maurícias, Nigéria, Níger, Ruanda, África do Sul, Senegal, Tanzânia, Togo e Uganda, mas não deu ainda os seus frutos, pois o Tribunal não foi até agora instalado na Tanzânia, como estava previsto. Com efeito, após a instituição, em 2000, da União Africana e da decisão de criação do Tribunal Africano de Justiça, segundo o Protocolo adoptado em Maputo, em 2003, ficou decidido, em 2005, na Reunião da União Africana que teve lugar na Líbia, a fusão do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos com o Tribunal Africano de Justiça, o que fez sustar o processo de instalação do primeiro, e vem permitindo justificar o atraso registado na implementação de um órgão jurisdicional de garantia dos direitos humanos naquele continente.

Já nos países árabes registam-se diferentes evoluções, uma vez que a entrada em vigor da CADH é ainda recente e os mecanismos de garantia nela previstos, como é o caso do Comité Árabe para os Direitos Humanos, não puderam até ao momento presente produzir os seus frutos. Assim, alguns países, como é o caso da Jordânia que subscreveu a “Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islão” logo em 1990 e, mais tarde, em 2004, a CADH, apresentam uma atitude aparentemente mais activa na promoção destes valores, que se manifesta, por exemplo, na criação governamental do Centro Nacional de Direitos Humanos pela Lei n.º 75/2002. De outro lado, países como o Egipto, o Iraque ou Marrocos não ratificaram sequer a CADH. Aguarda-se, por isso, com especial interesse, os “contributos práticos” que os recentíssimos movimentos de revolta popular naqueles países (“Primavera Árabe”) possam carrear para a dinamização de um espaço de direitos fundamentais no mundo árabe.

Em jeito de balanço final, podemos afirmar que coexistem dois tipos de discurso ou linguagem no domínio do que designaremos como *direitos fundamentais em sentido amplo*. Referimo-nos aos direitos fundamentais

constitucionais e à linguagem internacional dos direitos humanos. Trata-se de duas realidades bem distintas, uma – a dos *direitos fundamentais constitucionais* – que tem matriz nacional, localizando-se no domínio dos *domestic affairs*, e que se prende com a força (efectividade) dos direitos individuais e das garantias institucionais na arena da luta que os grupos sociais travam no contexto da dinâmica própria do princípio democrático e do desenvolvimento económico nacional (pacto social da nação); outra – a dos *direitos humanos* (em grande medida coincidente com a dos *direitos fundamentais internacionais*) – que aspira a uma matriz universal, localizando-se na arena internacional, e que se reconduz à tentativa generalizada de expandir a salvaguarda de valores essenciais à dignidade da pessoa humana e à liberdade dos povos.

E esta coexistência de discursos, aparentemente pacífica e não problemática, tornou-se complexa com a instituição de novas Cartas de Direitos que não se reconduzem a nenhum dos paradigmas previamente enunciados, vindo antes ancorar-se em uma nova categoria de direitos fundamentais, que designaremos como *direitos fundamentais federativos ou de clube*. Trata-se de um conjunto de direitos fundamentais reconhecidos por comunidades de Estados que promovem em conjunto determinado tipo de políticas e cujo impacto sobre as constituições nacionais importa analisar com especial cuidado. O *case study* por excelência é neste caso o triângulo que inclui as “constituições europeias”, a CEDH e a CDFUE (Bleckmann, 2011).

Com efeito, embora os direitos consagrados na CEDH não resultem de um projecto de integração económica ou política de âmbito supranacional (o elemento que na nossa proposta acentua a dimensão do “clube”), pensamos que hão-de poder também reconduzir-se à categoria de direitos fundamentais de clube, na medida em que expressam a afirmação de uma “Europa amiga dos direitos”, que é “guardada” por um órgão jurisdicional específico, através do qual se procura garantir que os Estados da Convenção respeitam o valor da dignidade da pessoa humana, nas suas diversas refrações. Todavia, como teremos oportunidade de verificar mais à frente quando analisarmos a jurisprudência deste tribunal, veremos que a sua relevância tende a diluir-se em razão do que designamos como processo de auto-deslegitimação resultante do arrebatamento de algumas decisões.

3. Os princípios, a metódica dos direitos fundamentais na internormatividade e o *judicial dialogue*

Para podermos apurar as diferenças metodológicas na aplicação dos direitos, sobretudo no que respeita aos *direitos fundamentais constitucionais e aos direitos fundamentais federativos ou de clube*, começaremos por analisar os princípios que compõem os respectivos regimes jurídicos. O objectivo fundamental é não apenas perceber as diferenças, mas também as dificuldades na articulação entre estes instrumentos, pois, como veremos, “a interacção das cartas de direitos nacionais em rede com a «constituição de direitos europeia»” (Canotilho/Moreira, 2007, pp. 325) suscita diversos problemas, que não se compadecem, a nosso ver, com a mera invocação dos princípios gerais do direito europeu, como o da *primazia*, da *subsidiariedade* ou da *proporcionalidade*, nem mesmo, no plano do direito emanado pelas instituições europeias, com os princípios da *interpretação em conformidade*. Veremos, pelas referências doutrinárias e jurisprudenciais subsequentes, que a questão inicialmente formulada como um problema de articulação entre ordenamentos jurídicos, que esteve subjacente à jurisprudência do primado e preferência aplicativa (*caso Simmenthal* do TJCE, sentença n.º 1/2004 do Tribunal Constitucional Espanhol e a sentença K 18/04 do Tribunal Constitucional Polaco – todos resumidos por Cassese, 2009, pp. 46-57) se revelou apenas a pequena ponta de um *iceberg*.

De resto, parece-nos possível e correcto afirmar que a opção por uma metódica de imbricação de catálogos reveladora ou criadora de *standards* em contraposição a um modelo hierarquizado, fundado em uma *Grundnorm*, parece ter sido a escolha desde sempre formulada pela União Europeia, começando por afirmar a necessidade de defesa de direitos fundamentais logo no *caso Stauder* (Ac. do TJCE de 12.11.1969, no Proc.º 29/69), insinuando depois a existência de um parâmetro supranacional orientador dos Estados-membros na densificação material dos direitos fundamentais no caso *Nold II* (Ac. do TJCE de 14.05.1974, no Proc.º 4/73) e culminando com a referência expressa à CEDH para reconhecer um “núcleo comum de direitos fundamentais” no *caso Rutili* (Ac. do TJCE de 28.10.1975, Proc.º 36/75).

Uma imbricação que tende a ser fortalecida com a adesão da UE à CEDH prevista no art. 6.º/2 do TUE e cujos termos do acordo a celebrar figuram no Protocolo n.º 8 anexo ao Tratado de Lisboa. Adesão que suscita inúmeras dúvidas, mas à qual se apontam também diversas vantagens. Nas declarações ao Tratado de Lisboa pode ler-se sobre o art. 6.º/2 do TUE que

a Conferência acorda em que a adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais se deverá realizar segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União. Neste contexto, a Conferência constata a existência de um diálogo regular entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, diálogo esse que poderá ser reforçado quando a União aderir àquela Convenção –, todas sintetizadas na Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de Maio de 2010, sobre os aspectos institucionais da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (2009/2241(INI)).

Neste ponto, excluiremos da nossa análise os *direitos humanos*, na medida em que os mesmos, ao não gozarem do mesmo tipo de efectividade – constituem, na essência, meros direitos de reconhecimento do homem como pessoa na comunidade mundial (Luhman apud Neves, 2009, pp. 251) ou simples “expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial)” (Neves, 2009, pp. 252) – acabam por se encontrar quase sempre ligados a questões que se inscrevem nos domínios do direito internacional, das relações internacionais e do direito das organizações internacionais, cujo aprofundamento, embora dotado de especial relevância e protagonismo no contexto actual, extrapola o objectivo fulcral traçado para este ponto de reflexão do nosso curso.

O mesmo não acontecerá com o que denominaremos como *protecção de liberdades económicas por tribunais internacionais*, no âmbito do que em nosso entender se vem revelando como a garantia das liberdades económicas no modelo de economia globalizada e que pode estar na génese de um *direito constitucional internacional*, onde os agentes económicos

tentarão encontrar tutela jurisdicional (efectiva?) para os seus investimentos, e onde os Estados parecem assumir um papel de co-adjuvantes dos referidos investidores nesta luta (mais política do que jurídica) na arena global. Trata-se de mais uma novidade da *global law* que não se compagina com os quadros do direito internacional clássico, pois a jurisprudência daí emanada apresenta inequívocas pretensões constituintes (Cassese, 2009^a, pp. 99).

a) *Princípios nacionais e supranacionais*

Começemos, pois, pelos princípios que regem os *direitos fundamentais constitucionais*. São eles, no plano nacional, o *princípio da universalidade, da igualdade, da garantia ou da efectividade*, a que se somam ainda, no domínio dos direitos, liberdades e garantias, os princípios *da aplicabilidade directa, da eficácia horizontal e da limitação à livre restrição* (Canotilho, 2003; Vieira de Andrade, 2009; Miranda, 2008). Princípios que, com maior ou menor variação, são também reconhecidos e invocados pelos autores estrangeiros relativamente aos catálogos de direitos que integram os respectivos textos constitucionais.

Já no caso dos *direitos fundamentais federativos ou de clube*, entre os quais se inscrevem, como dissemos, os firmados na CDFUE e também, embora com um fundamento distinto, os que constam da CEDH, verificamos que os *princípios da universalidade, da igualdade e da efectividade*, este último com as devidas adaptações, se apresentam igualmente como princípios densificadores do reconhecimento daqueles direitos no contexto federativo ou da comunidade de Estados que agregam. Mas aqui regista-se, desde logo, uma diferença assinalável – são direitos para uma comunidade de Estados soberanos e não direitos niveladores ou agregadores.

No plano supranacional registamos ainda que a *limitação à livre restrição* goza de consagração expressa no art. 52.º/1 da CDFUE, no qual se estabelece que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades”. Uma norma que se compreende, na medida em que, ao contrário do que acontece no “clube da CEDH”, onde

apenas se procuram guardar determinados direitos no espaço dos Estados aderentes, no “clube da CDFUE” encontramos entidades autónomas, dotadas de poder executivo, às quais se permite, assim, a aprovação de medidas restritivas dos direitos no “espaço da UE”, desde que sejam respeitados os limites impostos pela Carta. Um preceito que parece deixar a legitimação necessária para as restrições que devem ser impostas à liberdade de empresa no contexto da efectivação dos direitos subjectivos de acesso a serviços essenciais (Krajewski, 2011, pp. 495ss).

No “clube da UE” afirmou-se também um princípio próprio, o qual hoje tende a assumir natureza adjectiva, e que é em grande medida responsável pelas alterações metodológicas verificadas no plano da decisão judicial em matéria de direitos fundamentais pelas “três instâncias concorrentes”, ou seja, pelo TJUE, pelo TEDH e pelos tribunais constitucionais ou tribunais supremos no plano nacional: referimo-nos ao *princípio do nível mais elevado de protecção*. Não se trata, ao contrário do que uma interpretação literal poderia fazer crer, de garantir a prevalência da solução interpretativa menos restritiva do direito subjectivo, até porque, em caso de um conflito entre estes direitos, o princípio não teria qualquer conteúdo útil; mas sim de orientar a decisão de acordo com os *standards* de protecção em concurso, aproximando-se de um *mandato de optimização*.

No essencial, a “comunidade de cartas de direitos” vigente no clube europeu impõe uma “coordenação da protecção jusfundamental” que não neutralize nem desrespeite as especificidades de cada modelo constitucional nacional (Bleckmann, 2011). Trata-se de um *novo sistema* no qual a *ponderação* sai claramente reforçada e reformulada, tornando mais pertinentes os argumentos apontados por Alexy no que respeita às virtualidades deste princípio relativamente às críticas apontadas por Habermas à construção ponderativa (Alexy, *in* Carbonell/Jaramillo, 2010, pp. 109ss). Para o triunfo da *ponderação* é contudo essencial mostrar que o método adoptado neutraliza argumentos de irracionalidade.

Veremos que a nossa proposta de interpretação dos arts. 52.º e 53.º da CDFUE radica na compreensão de um método baseado num sistema de *hierarquia plana*, ou seja, é “plana” porque à partida todos os documentos (“catálogos”) estão no mesmo nível, o mesmo é dizer que à partida (quan-

do surge o litígio) qualquer deles – constituição, CDFUE e CEDH, o que, entre nós, é resultado, fundamentalmente, da interpretação conjugada dos arts. 8.º/4 e 16.º/2 *in fine* da CRP e dos arts. 52.º e 53.º da CDFUE – pode ser “convocado” para a fundamentação da decisão, mas o processo judicial acabará por revelar o *standard prevalecente*, assim justificando a sobreveniência de uma “hierarquia”. A grande vantagem deste sistema é a resiliência e o impulso construtivo que encerra, a desvantagem é a incerteza que ocasiona à partida. Nesta proposta também percebemos que a “atitude da magistratura” (mais ou menos predisposta ao diálogo internormativo e interjurisdicional) será determinante no sucesso do modelo e, com ele, na melhoria da qualidade material das decisões.

Na doutrina germânica podemos apontar uma proposta hermenêutica que não se afasta no essencial daquela que aqui formulamos, e que se fundamenta, basicamente, no disposto no art. 23.º/1 da GG e nos arts. 52.º e 53.º da CDFUE (é bom não esquecer que a GG não contempla uma disposição semelhante ao art. 16.º/2 da CRP, o que torna mais difícil a “integração da CEDH” neste triângulo, sendo necessário recorrer ao princípio da interpretação em favor do direito internacional para alcançar idêntico resultado), na qual o autor também destaca a necessidade de “trabalhar com *standards*” na protecção de direitos fundamentais na *metódica multinível* (Morlok, 2010, pp. 80).

Neste contexto, podemos começar por dizer que o *princípio da universalidade* constitui uma dimensão inalienável da jusfundamentalidade europeia, na medida em que neste plano os direitos fundamentais não se limitam apenas a agregar os membros de uma comunidade (cidadãos) para o exercício em comum do projecto político-institucional pré-definido, antes irradiando a sua força jusfundamental à titularidade por terceiros de dimensões densificadoras do valor da *dignidade da pessoa humana* no espaço europeu.

Com efeito, o princípio da *universalidade dos direitos fundamentais* não determina que todos os direitos sejam direitos de todos. Tratando-se de um princípio e não de uma regra, o seu conteúdo não deve ser interpretado sob um critério de admissão ou exclusão, o que significa que a existência de uma geometria variável na titularidade dos direitos, como acontece na CDFUE e nos próprios catálogos nacionais, é perfeitamente compaginável com o respectivo conteúdo fundamental, que se reconduz, em termos gerais,

à titularidade subjectiva de um conjunto de direitos fundamentais inalienáveis da pessoa humana: o mencionado *standard fundamental europeu*.

Na verdade, a universalidade antes referida não pode funcionar como elemento aniquilador da interculturalidade, constituindo esta tensão o desafio lançado pelo multiculturalismo relativista (Legarre/Orrego, 2010, pp. 26), que a Europa vem testando e aprimorando, quer nos problemas gerados pelos fluxos migratórios internos (veja-se o que é dito no relatório de 2010 da Agência Europeia de Direitos Fundamentais sobre a “expulsão de romenos”), quer pelo acolhimento de imigrantes na Europa. Mas a inversa também é verdadeira, ou seja, o reconhecimento e o respeito pela diversidade cultural, que é também um valor europeu (art. 2.º do TUE), não se pode sobrepor ao conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, na medida em que é essencial afirmar, no espaço heterogéneo europeu, a coerência do sistema de direitos fundamentais, o que não neutraliza o facto de este poder ser um sistema aberto e dinâmico (Calliess/Ruffert, 2007, pp. 2727).

Nesta medida, a *universalidade dos direitos* constitui, como o próprio preâmbulo do Tratado da União Europeia bem assinala, uma manifestação do

património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de Direito.

Uma ideia que é também reforçada no art. 2.º do TUE, quando se afirma que

a União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres;

e ainda nos considerando do preâmbulo da CDFUE, onde se consagra que o património espiritual e moral da União se baseia nos valores indivisíveis e universais da *dignidade do ser humano*.

Quer isto dizer, em suma, que o *princípio da universalidade* vigora no domínio da CDFUE no seu conteúdo pleno, não se circunscrevendo ao universo da cidadania europeia – um universo que abrange os direitos políticos consagrados nos artigos que integram o Título V e mesmo aí com diversas gradações (ex. os direitos consagrados no art. 43.º são extensíveis aos residentes num Estado-membro) e até excepções (é o caso do direito a uma boa administração – art. 41.º) –, sendo nessa medida responsável, precisamente, pelas inúmeras dificuldades metodológicas em matéria de aplicação dos direitos, pois estes acabam por ser protegidos pelos dois ordenamentos jurídicos (nacional e da UE), embora segundo diferentes *standards*, que variam em função do compromisso assumido pelos membros de cada comunidade.

O *princípio da igualdade*, por seu turno, fundado no reconhecimento desse valor, funciona como elemento neutralizador de qualquer juízo discriminador, impondo um tratamento justo dentro do universo subjectivo abrangido pelos direitos. E também não subjazem dúvidas quanto à efectividade deste princípio no domínio dos direitos consagrados na CDFUE, pois não só o art. 3.º/3 do TUE estabelece que *a União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança*, como a própria CDFUE dedica o Título III à igualdade, começando por afirmar, no art. 20.º, que *todas as pessoas são iguais perante a lei*.

Já o princípio da *efectividade* depende, como bem se compreende, do tipo de garantia prevista para os direitos, quase sempre associada à emissão de uma decisão por um órgão jurisdicional independente, na sequência de um *due process*. Neste ponto, com as devidas adaptações, não registamos diferenças significativas entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos fundamentais de clube. Precisando um pouco melhor: não perspectivamos grandes dificuldades na efectivação dos direitos consagrados na CDFUE, na medida em que, quer os órgãos jurisdicionais da União, designadamente o Tribunal de Justiça da União Europeia (arts. 251.ºss do TFUE e Estatuto do TJUE), quer os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros (art. 52.º/5 CDFUE), têm poder para aplicar os preceitos da CDFUE. Todavia, perspectivamos sérias dificuldades na articulação entre estes órgãos jurisdicionais entre si e entre eles e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o que nos obrigará a analisar

os contributos que poderemos retirar do princípio do nível mais elevado de protecção e das teorias do *judicial dialogue* para otimizar a *efectividade da protecção jusfundamental* no espaço europeu da internormatividade.

De acordo com a doutrina, o *princípio do nível mais elevado de protecção* opera no “triângulo normativo europeu” e é resultante das aberturas normativas registadas em cada documento (Duarte, 2006, pp. 281ss). O mesmo é dizer que ele resulta da conjugação do disposto no art. 53.º da CEDH –

nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte

–, no art. 53.º da CDFUE –

nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a CEDH, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros

– e nos arts. 8.º/4 e 16.º da CRP –

as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático” e os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional

– ou em normas homologas consagradas nas Constituições de outros Estados-membros.

Da leitura destas normas parece resultar que o titular de um direito fundamental que esteja em conexão com os “três catálogos” – CEDH, CDFUE e CRP – beneficia da “interpretação mais generosa” que lhe seja concedida, independentemente “do lugar” e “do nível” onde o direito venha a ser aplicado. Mas não é isso que acontece, o que resulta das normas é antes a circunstância de o órgão judicial que vai apreciar o caso e definir o conteúdo do direito ficar obrigado a um exercício de direito comparado, de modo a verificar se o *standard* do ordenamento normativo que ele aplica é mais ou menos generoso na definição do conteúdo do direito, ficando “impedido” de aplicar o seu *standard* caso o mesmo seja mais restritivo do que aquele que é aplicado pelos outros ordenamentos em comparação, a não ser que a restrição tenha lugar no nível nacional, e se revele essencial para garantir os princípios fundamentais do Estado de Direito em questão (diferentes modulações dos “contra-limites”).

Assim, na CDFUE (e nas anotações complementares a esta elaboradas pelo *Praesidium* da Convenção que a redigiu) tentam gizar-se algumas regras orientadoras da decisão em caso de concurso de *standards* de protecção, que mais do que firmar as esferas de actuação das diferentes jurisdições visam essencialmente estabelecer parâmetros hermenêuticos para a solução dos litígios, quais sejam: 1) sempre que um direito se encontre simultaneamente garantido pela CDFUE e pela CEDH, observa-se, em princípio, o *standard* firmado na CEDH, sem prejuízo da possibilidade de a CDFUE vir a estabelecer um *standard de protecção mais elevado*; 2) quando está em aplicação um direito da CDFUE que integre as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, prevalece o *standard fixado pela tradição constitucional*; 3) a entrada em vigor da carta não deve alterar o nível de protecção actualmente conferido, no âmbito de aplicação respectivo, pelo direito da União, pelo direito dos Estados-Membros e pelo direito internacional, em especial pela CEDH.

Na verdade, apesar de teoricamente cada órgão judicial cumprir uma tarefa diferente – o tribunal constitucional apenas guarda a constituição do respectivo Estado-membro, o TJUE apenas efectiva o direito europeu em grande medida balizado pelas competências da UE e o TEDH apenas garante a protecção de direitos individuais contra os actos dos Estados-membros da

Convenção que violem o disposto na CEDH – a verdade é que na prática multiplicam-se os casos em que assistimos a uma aparente *concorrência entre instâncias* (Knauff, 2010).

É neste ponto que as alterações metodológicas e o *judicial dialogue* se revelam essenciais, na medida em que a determinação do *standard europeu dos direitos fundamentais* há-de resultar de uma construção assente na tradição comum das constituições estaduais, de acordo com uma interpretação aberta e orientada para a CEDH (Kühling, 2009, pp. 663). É por isso cada vez mais essencial o papel do TEDH, devendo essa responsabilidade acrescida (decorrente da sua “posição natural, enquanto primeiro guardião supranacional de direitos fundamentais”) na formulação de *standards* ser acompanhada de uma mais rigorosa aplicação da doutrina da margem de livre apreciação, o que, como veremos no “roteiro jurisprudencial”, não tem sido conseguido em muitos casos.

Com efeito, este princípio assenta em um *pressuposto material* extrinsecado a partir do patamar comum aos diversos catálogos de direitos, que é identificado no art. 6.º /3 do TUE da seguinte forma: *do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros*. Um pressuposto que consubstancia o denominado *standard fundamental europeu*, integrador dos valores fundantes da União (art. 2.º do TUE). Mas o núcleo essencial do *standard fundamental europeu*, que é actualmente garantido pela CDFUE, *ex. vi.* arts. 52.º/3 e 4 e 53.º da CDFUE, não é contudo fácil de densificar, atendendo ao respeito que a mesma União guarda relativamente à sua diversidade cultural (art. 3.º/3 do TUE) e à identidade nacional dos Estados-membros (art. 4.º/2 do TUE), significando isto que o *standard europeu* não se afigura na maior parte dos casos como um *standard* suficientemente denso para neutralizar, na expressão de Alexy, a “força irradiante” dos direitos constitucionais dos catálogos nacionais, embora venha sendo reforçado pela aproximação entre os *standards* do TJCE e do TEDH. Em resumo, esta diversidade de catálogos e de tribunais pode culminar em muitos casos com um “regresso à magna carta nacional” para salvaguardar os princípios essenciais informadores da cultura nacional.

b) *Problemas metodológicos*

Antes, porém, de estudar os contributos que o *judicial dialogue* pode oferecer à efectivação e melhoria na aplicação dos direitos fundamentais, importa ainda sublinhar as dificuldades existentes quando se trata de analisar a possibilidade de aplicação ao domínio dos *direitos fundamentais de clube* dos princípios da vinculação de entidades privadas, da garantia da eficácia horizontal dos direitos ou mesmo dos instrumentos legítimos de restrição dos mesmos. É aqui que, mais uma vez, os problemas metodológicos se fazem sentir com especial intensidade. Vejamos esta questão mais em pormenor, tomando como exemplo a aplicação dos preceitos da CDFUE.

Começemos por recortar com precisão o *âmbito subjectivo de vinculação dos direitos consagrados na CDFUE*. Estes direitos consubstanciam, de acordo com o art. 51.º da CDFUE, um *limite ao poder de actuação* das instituições, órgãos e organismos da União, bem como para os Estados-membros *quando apliquem direito da União*. O que significa, em primeiro lugar, que a consagração de um catálogo europeu de direitos fundamentais não afecta, à primeira vista, a repartição de poderes gizada pelos Tratados, pois o art. 51.º da CDFUE é peremptório na afirmação de que os direitos consagrados na Carta não constituem, nem podem constituir, um alargamento dos poderes consagrados nos Tratados (o princípio da atribuição de poderes mantém-se imperturbável), nem sequer uma alteração à dinâmica própria do *princípio da subsidiariedade* (Schmidt, 2010, pp. 105ss).

Todavia, a doutrina mais recente aponta para uma interpretação mais construtiva do art. 51.º/1 da CDFUE, concebendo esta norma como um factor de dinamização de uma “união jurídica europeia” fundada num *standard jusfundamental europeu* capaz de dinamizar um poder soberano europeu e até de agregar as “comunidades jurídicas” que por agora se não quiseram vincular à CDFUE (Nusser, 2011).

De qualquer forma, *no plano negativo ou da função de defesa dos direitos* parecem não surgir dúvidas relevantes quanto aos limites que a entrada em vigor do novo catálogo acarreta para os poderes públicos: limitação dos poderes das instituições, órgãos e organismos da União, bem como dos Estados-membros *quando apliquem direito da União*.

Quer isto dizer que um eventual conflito entre uma norma de um Estado-membro em matéria de segurança nacional (matéria que é da competência exclusiva daqueles) que contenda com um direito consagrado na CDFUE e densificado em normas europeias emanadas no âmbito de uma competência da União (ex. liberdade de circulação) deveria ser resolvido segundo o *princípio da proporcionalidade*, que ditaria a prevalência do direito europeu apenas quando a solução alcançada não pusesse em causa o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito visado (por exemplo, no caso português, os princípios fundamentais do Estado de direito democrático – art. 8.º/4 da C.R.P.). Um problema que pode ser bem ilustrado no *caso Lindqvist*.

Case Study I – Lindqvist – Ac. TJCE Proc. C-101/01, decisão de 06/11/2003

B. Lindqvist era um cidadão sueco, que além de ter um emprego remunerado como agente de manutenção, exercia funções de catequista na paróquia de Alseda (Suécia) e frequentava um curso de informática no âmbito do qual criou uma página Internet. No final de 1998, B. Lindqvist criou, em casa e com o seu computador pessoal, páginas de Internet com o objectivo de possibilitar aos paroquianos que preparavam o crisma obter facilmente as informações de que podiam necessitar. A seu pedido, o administrador do sítio de Internet da Igreja da Suécia estabeleceu uma ligação entre essas páginas e o referido sítio. As páginas em causa continham informações sobre Lindqvist e 18 dos seus colegas da paróquia, incluindo os respectivos nomes, por vezes completos. Além disso, Lindqvist descreveu as funções ocupadas pelos colegas, bem como os seus hábitos nos tempos livres de modo humorístico. Em vários casos, fazia referência à situação familiar, ao número de telefone e a outros dados. Na informação disponibilizada, referiu ainda que uma das colegas tinha uma lesão num pé e estava com baixa por doença.

O Ministério Público intentou uma acção contra Lindqvist por violação da PUL – Personuppgiftslag, SFS 1998, n.º 204 (lei sueca relativa aos dados de carácter pessoal, que transpôs para aquele ordenamento jurídico a Directiva 95/46) –, designadamente por ter tratado dados de carácter pessoal, no âmbito de um tratamento automatizado, sem previamente ter notificado por escrito a Datainspektion, ter tratado, sem autorização, dados de carácter pessoal

sensíveis, relativos à lesão no pé e uma baixa por doença, e ter transferido para países terceiros dados de carácter pessoal tratados sem autorização. O autor reconheceu os factos, mas negou ter cometido qualquer infracção, e depois de ter sido condenado pelo Eksjö tingsrätt no pagamento de uma multa, interpôs recurso desta decisão para o Göta hovrätt, que decidiu suspender a instância e submeter ao TJCE algumas questões prejudiciais.

No acórdão emanado do TJCE pode ler-se o seguinte:

“A operação que consiste na referência, feita numa página da Internet, a várias pessoas e a sua identificação pelo nome ou por outros meios, por exemplo, o número de telefone ou informações relativas às suas condições de trabalho e aos seus passatempos, constitui um «tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados» na acepção do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

O tratamento de dados de carácter pessoal como o que é referido na resposta à primeira questão não se inclui em nenhuma das excepções do artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 95/46.

A indicação do facto de uma pessoa se ter lesionado num pé e estar com baixa por doença a meio tempo constitui um dado de carácter pessoal relativo à saúde na acepção do artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 95/46.

Não existe uma «transferência para um país terceiro de dados» na acepção do artigo 25.º da Directiva 95/46 quando uma pessoa que se encontra num Estado-Membro insere numa página Internet, de uma pessoa singular ou colectiva que alberga o sítio Internet no qual a página pode ser consultada e que está estabelecida nesse mesmo Estado ou noutro Estado-Membro, dados de carácter pessoal, tornando-os deste modo acessíveis a qualquer pessoa que se ligue à Internet, incluindo pessoas que se encontram em países terceiros.

As disposições da Directiva 95/46 não contêm, em si mesmas, uma restrição contrária ao princípio geral da liberdade de expressão ou a outros direitos e liberdades que vigoram na União Europeia e que correspondem, nomeadamente, ao artigo 10.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950. Compete às autoridades e aos órgãos

jurisdicionais nacionais encarregados de aplicar a regulamentação nacional que procede à transposição da Directiva 95/46 assegurar um justo equilíbrio entre os direitos e interesses em causa, incluindo os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária.

As medidas adoptadas pelos Estados-Membros para assegurar a protecção dos dados de carácter pessoal devem estar em conformidade quer com as disposições da Directiva 95/46 quer com o seu objectivo de manter um equilíbrio entre a livre circulação dos dados de carácter pessoal e a protecção da vida privada. Em contrapartida, nada se opõe a que um Estado-Membro alargue o alcance da legislação nacional que procede à transposição da Directiva 95/46 a domínios não incluídos no seu âmbito de aplicação, desde que nenhuma outra disposição do direito comunitário a tal obste”.

Todavia, a questão parece assumir contornos mais complexos. Assim, o problema não se confina a um “concurso” entre normas europeias e normas constitucionais nacionais, como se de uma relação de confronto entre princípios se tratasse, exige antes, como a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) bem ilustra (*v. Case Study II*), um exercício de direito comparado para verificar se os *standards de protecção dos direitos* são equivalentes no plano nacional e europeu. O objectivo desta operação hermenêutica é convocar, em caso afirmativo, a aplicação do *princípio da equivalência de tratamento*, conduzindo assim a uma denegação de apreciação da questão pelo tribunal constitucional do Estado-membro; ou, em caso negativo, convocar o *princípio da garantia da identidade nacional* (uma garantia cujo *standard*, pode ser obtido por interpretação dos preceitos constitucionais ou mesmo, por efeito do art. 16.º/2 da CRP ou preceito semelhante, por remissão para a CEDH), que pode justificar a intervenção do órgão constitucional do Estado-membro (art. 53.º da CDFUE).

Case Study II – Acórdão do Tratado de Lisboa (BVerfGE 2 BvE 2/08)

Depois do célebre acórdão Maastricht (BVerfGE 89/155), de 11 de Agosto de 1993, o Tribunal Constitucional Alemão voltou a ser chamado, através da invocação do art. 38.º da GG (norma segundo a qual o direito de voto é o direito fundamental essencial dos cidadãos que não pode ser posto em causa

pela participação do Estado noutras comunidades jurídicas que envolvam a transferência de poderes soberanos para entidades supranacionais), para verificar, em abstracto, a conformidade de um Tratado Europeu, desta feita o Tratado de Lisboa, com a Constituição alemã. E na decisão proferida em 30 de Junho de 2009 (BVerfGE 2 BvE 2/08), o Tribunal concluiu que não havia incompatibilidade entre o Tratado e a Lei fundamental alemã, sustentado novamente o que havia defendido no acórdão Maastricht: “não há violação do direito fundamental ao voto, nem da cláusula pétrea do art. 79§3, desde que a União permaneça, como até aqui, ou seja, como comunidade de Estados (Staatenverbund)”.

Por outras palavras “the European Union is an association of sovereign states and, hence, a secondary political area” (Schorkopf, 2009, pp. 1219). Por isso os autores consideraram que a decisão de 2009 constituiu um epílogo da decisão de 1993, com todos os inconvenientes daí resultantes, pois a repetição em 2009 do conteúdo da decisão de 1993 denotava “perda de frescura”, e revelava até menor abertura e optimismo face ao projecto de integração europeia (Schönberger, 2009, pp. 1207). No essencial, a novidade que resulta da sentença de 2009 pode resumir-se no seguinte: “in a true democracy the weight of each voter must be the same, which is to be reflected in equal participation in the respective representative parliamentary body (...) from this viewpoint, the Court argues that the European Parliament cannot be recognized as a truly legitimate parliamentary body since the citizens of the smaller member states are granted greater representation than the citizens of the larger nations, e.g. France or Germany” (Tomuschat, 2009, pp. 1260). Trata-se de conceber o direito ao voto como dimensão concretizadora da dignidade da pessoa humana, de forma a reconduzir a sua eventual limitação no contexto europeu a uma violação da cláusula pétrea do art. 79§3 da GG (Schönberger, 2009, pp. 1208).

Para além desta proibição de ingerência das Instituições nos poderes dos órgãos político-constitucionais germânicos, o Tribunal apresenta ainda uma lista de matérias que representam, em seu entender, a linha defensiva dos poderes soberanos nacionais face à União Europeia, entre os quais inclui “the administration of criminal law; the civil and military monopoly on the use of force; fundamental fiscal decisions on revenue and expenditures;

provisions governing the media; dealings with religious communities; and the shaping of citizens' lives via social policy and important decisions on cultural issues, e.g. the education system” (§ 352 do acórdão in Tomuschat, 2009, pp. 1260). E apresenta ainda um novo conceito de soberania pós-Westfália – “Sovereign statehood stands for a pacified space and the order provided within this space on the basis of individual freedom and collective self determination. The state is neither myth nor an end in itself, but a historically grown, globally recognised form of organisation of a capable political community” (§ 224 do acórdão in Schorkopf, 2009, pp. 1224).

Case Study III – Acórdão das Bananas (BVerfGE 2 BvL 1/97)

O “caso das bananas” é fundamental para percebermos a transição do modelo nacional de protecção constitucional de direitos para o modelo supranacional equivalente, sempre que esteja em causa a aplicação de direito europeu.

O caso concreto respeitava à aplicação do Regulamento (CEE) n.º 404/93 e do Regulamento (CE) n.º 478/95, relativos à organização comum do mercado das bananas. Com efeito, até 1993 cada Estado-membro tinha uma organização própria do seu mercado de bananas (ex. em França o mercado era fechado e os preços tabelados, ao passo que na Alemanha o mercado era livre). Com a entrada em vigor dos Regulamentos comunitários foram estabelecidas quotas de importação que privilegiavam os produtores europeus de bananas e os países ACP (África, Caribe e Pacífico) em consequência da aplicação dos acordos UE-ACP. Em reacção a esta legislação, 19 empresas importadoras de bananas, designadas como grupo Atlanta, intentaram, em 1993, uma acção no Tribunal Administrativo Alemão, invocando que os Regulamentos em causa violavam o direito europeu. O Tribunal alemão reenviou a questão para o TJCE, o qual decidiu, em 1995, que não havia qualquer invalidade das referidas normas europeias (Proc. C-466/93). Na sequência desta decisão, os autores intentaram nova acção no Tribunal Administrativo alemão, alegando desta feita que a restrição imposta pelas normas comunitárias à sua actividade de importação de bananas de países terceiros violava direitos fundamentais consagrados na Constituição alemã, designadamente, a respectiva liberdade pessoal

(art. 2.º, §1.º), o direito de propriedade (art. 14.º, §1.º), a liberdade de exercício de actividade económica (art. 12.º, § 1.º) e o princípio da igualdade (art. 3.º, § 1.º). O Tribunal Administrativo de Frankfurt/Main, em 1996, decidiu suspender o processo e reenviá-lo ao Tribunal Constitucional Alemão, que não admitiu o pedido, reiterando a jurisprudência já antes firmada no caso *Solange II*, estabelecendo o seguinte: “[s]ubmissions of cases to the Federal Constitutional Court for constitutional review under Article 100(1) GG which refer to rules that are part of secondary European Community law are only admissible if their grounds show in detail that the present evolution of law concerning the protection of fundamental rights in European Community law, especially in case law of the Court of Justice of the European Communities, does not generally ensure the protection of fundamental rights required unconditionally in the respective case”.

Evolução da jurisprudência alemã

É importante sublinhar, como o próprio texto do acórdão anterior denota, que a decisão do “caso das bananas” resulta de uma evolução jurisprudencial, a qual pode ser sintetizada a partir das seguintes referências colhidas do texto do aresto:

1. Na decisão de 29.05.1974 (2 BvL 52/71 – caso *Solange I*) – o BVG estabeleceu que: “the competent Senate of the Federal Constitutional Court had, with reference to actual jurisdiction, come to the result that the integration process of the Community had not progressed so far that Community law also contained a codified catalogue of fundamental rights decided on by a Parliament and of settled validity, which was adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the Basic Law. For this reason, the Senate regarded the reference by a court of the Federal Republic of Germany to the Federal Constitutional Court in constitutional review proceedings, following the obtaining of a ruling of the Court of Justice of the European Communities under Article 177 of the EEC Treaty, which was required at that time, as admissible and necessary if the German court regards the rule of Community law that is relevant to its decision as inapplicable in the interpretation given by the Court of Justice of the European Communities because and in so far as it conflicts with one of the fundamental rights of the Basic Law”;

2. Na decisão de 22.10.1986 (BvR 197/83 – caso Solange II) – o BVG já afirmava o seguinte: “the Senate holds that a measure of protection of fundamental rights has been established in the meantime within the sovereign jurisdiction of the European Community which in its conception, substance and manner of implementation is essentially comparable with the standards of fundamental rights provided in the Basic Law, and that there are no decisive factors to lead one to conclude that the standard of fundamental rights which has been achieved under Community law is not adequately consolidated and only of a transitory nature [...] In this context, the Senate commented on the decisions of the Court of Justice of the European Communities concerning the fundamental rights and freedoms relating to economic activities, such as the right to property and the freedom to pursue economic activities, but also on the freedom of association, on the general principle of equal treatment and the prohibition of arbitrary acts, religious freedom and the protection of the family, as well as on the principles, which follow from the rule of law, of the prohibition of excessive action and of proportionality as general legal principles in achieving a balance between the common interest objectives of the Community legal system, and on the safeguarding of the essential content of fundamental rights [...] As long as the European Communities, in particular European case law, generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Basic Law, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation cited as the legal basis for any acts of German courts or authorities within the sovereign jurisdiction of the Federal Republic of Germany, and it will no longer review such legislation by the standard of fundamental rights contained in the Basic Law. References (of rules of secondary Community law to the Federal Constitutional Court) under Article 100(1) GG are therefore inadmissible”;

3. Na decisão de 1993 (caso Maastricht – também designado como Brunner ou Solange III) – o BVG havia determinado que: “the Senate stressed that the Federal Constitutional Court, through its jurisdiction, guarantees,

in co-operation with the Court of Justice of the European Communities, that effective protection of fundamental rights for the residents of Germany will also be secured against the sovereign powers of the Communities and is generally to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Basic Law, and that in particular the Court provides a general safeguard of the essential contents of the fundamental rights. The Federal Constitutional Court thus guarantees this essential content against the sovereign powers of the Community as well. Under the preconditions the Senate has formulated in BVerfGE 73, 339 - "Solange II" -, the Court of Justice of the European Communities is also competent for the protection of the fundamental rights of the citizens of the Federal Republic of Germany against acts done by the national (German) public authority on account of secondary Community law. The Federal Constitutional Court will only become active again in the framework of its jurisdiction should the Court of Justice of the European Communities depart from the standard of fundamental rights stated by the Senate in BVerfGE 73, 339.

4. Na revisão constitucional de 1992, ficou estabelecido no art. 23.º, § 1.º da GG o seguinte: "With a view to establishing a united Europe, the Federal Republic of Germany shall participate in the development of the European Union that is committed to democratic, social and federal principles, to the rule of law, and to the principle of subsidiarity, and that guarantees a level of protection of basic rights essentially comparable to that afforded by this Basic Law. To this end the Federation may transfer sovereign powers by a law with the consent of the Bundesrat. The establishment of the European Union, as well as changes in its treaty foundations and comparable regulations that amend or supplement this Basic Law, or make such amendments or supplements possible, shall be subject to paragraphs (2) and (3) of Article 79".

5. Assim, a conclusão a que o tribunal chega no "caso das bananas" determina que "the grounds for a submission by a national court of justice or of a constitutional complaint which puts forward an infringement by secondary European Community Law of the fundamental rights guaranteed in the Basic Law must state in detail that the protection of fundamental rights required unconditionally by the Basic Law is not generally assured

in the respective case. This requires a comparison of the protection of fundamental rights on the national and on the Community level similar to the one made by the Federal Constitutional Court”.

6. *Na decisão de 2009 (BVerfGE 2 BvE 2/08 et alii – Ac. Tratado de Lisboa) assistimos, porém, a um aparente retrocesso da jurisprudência e à reivindicação de uma maior intervenção por parte do BVerfG quando aí se afirma que o Tribunal pode verificar a conformidade constitucional do direito europeu derivado com a Constituição alemã sempre que se verifique uma violação patente dos limites de competências ou do princípio da identidade constitucional que o tribunal define como um conjunto de matérias caracterizadoras da soberania nacional e, por essa razão, intransmissíveis. A fórmula utilizada não poderia ser mais pernicioso: “areas that shape the citizens’ circumstances of life, in particular the private space of their own responsibility and of political and social security, which is protected by the fundamental rights, and to political decisions that particularly depend on previous understanding as regards culture, history and language and which unfold in discourses in the space of a political public that is organised by party politics and Parliament” (§ 181 do acórdão in Schorkopf, 2009, pp. 1233).*

7. *Apesar dos receios expressos pela doutrina germânica que começava a questionar a razão pela qual nesta “nova interpretação” do BvG a Constituição alemã haveria perdido a sua abertura para a Europa (Murkens, 2009, pp. 519), a verdade é que na recentíssima decisão do Tribunal, de 06.07.2010 (2 BvR 2661/06), no caso Mangold (apreciação da conformidade com o direito europeu das normas laborais alemãs que previam a dispensabilidade de fundamentação do termo nos contratos celebrados com trabalhadores de idade superior a 52 anos), aquela entidade reiterou a suficiência do controlo feito pelo órgão jurisdicional europeu (Cf. Proc. C-144/04 – considerou a legislação alemã incompatível com uma Directiva cujo prazo de transposição ainda não havia sido esgotado, bem como com o princípio da proibição de discriminação em razão da idade), aceitando mesmo a elevação do standard de protecção europeu dos direitos subjectivos às meras expectativas decorrentes da iminente transposição de uma Directiva, mas sublinhou aspectos importantes como a não submissão daquele tribunal*

à obrigação de reenvio (art. 267.º/3 TFUE), ao mesmo tempo que reconheceu a possibilidade de “tolerância” perante erros do TJCE, afirmando que o Tribunal Constitucional não deveria funcionar como o órgão judicial de cassação das decisões do primeiro (cf. Mahlmann, 2010, pp. 1407ss.).

Quer isto dizer que no actual “estado da arte”, apesar da reafirmação da “competência da competência” como titularidade inquestionável do Estado-nação (território dos Estados-membros), conclusão que é inclusive reforçada pela afirmação de um núcleo material mínimo da soberania estadual, o que ganba destaque é o facto de o Tribunal Constitucional Alemão ter optado por não accionar ainda o princípio da protecção nacional quando está em causa a limitação de direitos fundamentais no contexto da construção do projecto económico europeu.

Já no plano positivo ou da função de protecção dos direitos a questão tende a ser mais complexa, não só no domínio da construção do “espaço de liberdade, segurança e justiça” (Duarte, 2006, pp. 340) no plano europeu, de que o Acórdão *Kadi* (analisado na Parte III, Processo C-415/05) nos parece constituir um exemplo muito positivo – mais do que isso, este acórdão constitui uma verdadeira pedra angular, pois através dele a União Europeia afirmou-se como um “Estado («constitucional!») de direito” (Estado que garante os direitos de defesa) perante a ONU –, mas também na forma como a União irá lidar com a redefinição do conteúdo essencial do “Estado constitucional”, de que o acórdão do *BVG* sobre o Tratado de Lisboa constitui o primeiro passo.

Case Study IV – Ordre des barreaux francophones et germanophone – Ac. TJCE Proc. C-305/05, decisão de 27/06/2007

Mediante duas petições apresentadas em 22 de Julho de 2004, respectivamente pela Ordre des barreaux francophones et germanophone e pela Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, por um lado, e pela Ordre des barreaux flamands e pela Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles, por outro, as partes pediram ao órgão jurisdicional de reenvio que anulasse os artigos 4.º, 5.º, 7.º, 25.º, 27.º, 30.º e 31.º da Lei de 12 de Janeiro de 2004, que alterou a Lei de 11 de Janeiro de 1993

relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, a Lei de 22 de Março de 1993 concernente ao estatuto e à fiscalização dos estabelecimentos de crédito e a Lei de 6 de Abril de 1995 respeitante ao estatuto das empresas de investimento e à sua fiscalização, aos intermediários e consultores financeiros (Moniteur belge de 23 de Janeiro de 2004, p. 4352, a seguir «Lei de 12 de Janeiro de 2004»), que transpõe a Directiva 2001/97 para o ordenamento jurídico nacional belga.

O órgão jurisdicional de reenvio salienta que os recursos foram interpostos contra a Lei de 12 de Janeiro de 2004, que se destinava a transpor para o ordenamento jurídico belga as disposições da Directiva 2001/97. Dado que o legislador comunitário é obrigado, à semelhança do legislador belga, a respeitar os direitos de defesa e o direito a um processo equitativo, o referido órgão considera que, antes de se pronunciar sobre a compatibilidade dessa lei com a Constituição belga, há que dilucidar previamente a questão da validade da directiva na qual a referida lei assenta.

Nestas condições, a Cour d'arbitrage decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 1.º, n.º 2, da Directiva 2001/97 [...] viola o direito a um processo equitativo tal como este é garantido pelo artigo 6.º da [CEDH] e, conseqüentemente, o artigo 6.º, n.º 2, [UE], na medida em que o novo artigo 2.º-A, n.º 5, que o referido artigo 1.º, n.º 2, inseriu na Directiva 91/308/CEE, impõe a inclusão dos profissionais forenses independentes, sem excluir a profissão de advogado, no âmbito de aplicação pessoal dessa mesma directiva, que, em substância, tem por objecto impor às pessoas e às instituições por ela visadas a obrigação de informar as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais de todos os factos que possam ser indício de um tal branqueamento (artigo 6.º da Directiva 91/308/CEE, substituído pelo artigo 1.º, n.º 5, da Directiva 2001/97/CE)?»

Na resposta à questão, destacamos as seguintes passagens: “é jurisprudência assente que, quando um diploma de direito comunitário derivado é susceptível de mais do que uma interpretação, deve ser dada preferência àquela que torna a disposição conforme com o Tratado em vez da que leva a declarar a sua incompatibilidade com este (...). Com efeito, compete às

autoridades não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com o direito comunitário, mas também velar por que não se baseiem numa interpretação de um diploma de direito derivado que entre em conflito com os direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário (acórdão de 6 de Novembro de 2003, Lindqvist, C-101/01, Colect., p. I-12971, n.º 87). Recorde-se também que os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais do direito cujo respeito o Tribunal de Justiça assegura. Para este efeito, o Tribunal inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do Homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram. A CEDH reveste-se, neste contexto, de um significado particular (v., neste sentido, acórdãos de 12 de Novembro de 1969, Stauder, 29/69, Colect. 1969-1970, p. 157, n.º 7; de 6 de Março de 2001, Connolly/Comissão, C-274/99 P, Colect., p. I-1611, n.º 37). Assim, o direito a um processo equitativo decorrente, nomeadamente, do artigo 6.º da CEDH constitui um direito fundamental que a União Europeia respeita enquanto princípio geral, por força do artigo 6.º, n.º 2, UE (...).

Segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o conceito de «processo equitativo» a que se refere o artigo 6.º da CEDH é constituído por diversos elementos, que compreendem designadamente os direitos de defesa, o princípio da igualdade das armas, o direito de acesso aos tribunais e o direito de acesso a um advogado tanto em causas cíveis como penais(...).

O TJCE conclui, por fim, que “as obrigações de informação e de colaboração com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais, previstas no artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, na redacção dada pela Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Dezembro de 2001, e impostas aos advogados pelo artigo 2.º-A, n.º 5, desta directiva, atendendo ao artigo 6.º, n.º 3, segundo parágrafo, da mesma, não violam o direito a um processo equitativo garantido pelos artigos 6.º da CEDH e 6.º, n.º 2, UE”.

O que encontramos no plano da concretização positiva dos direitos é um dilema que não é fácil de resolver: ou olhamos os *direitos fundamentais federativos como valores-padrão* a concretizar segundo geometrias variáveis, e nesse caso o *standard* varia de acordo com a jurisprudência do “tribunal constitucional” do Estado-membro, e renunciamos à prevalência do controlo dos tribunais supranacionais; ou, ao invés, olhamos os *direitos fundamentais federativos como valores transnacionais* (Calliess, 2009) e a União Europeia como um “superestado”, o que determina, automaticamente, a reacção dos Estados-membros e, em particular, dos “tribunais constitucionais nacionais” na defesa da identidade cultural nacional (Ladeur, 2009).

Quer isto significar, em primeiro lugar, que a dogmática própria do “controlo do direito europeu”, em que cada tribunal de um Estado-membro é também um tribunal europeu (um tribunal que aplica o direito europeu), e em que ao Tribunal de Justiça da União Europeia fica todavia reservada a competência para a decisão final, não é transponível para o domínio dos direitos fundamentais, pois nem os tribunais constitucionais nacionais são tribunais europeus (tribunais concebidos para aplicar a CDFUE), nem o Tribunal da União Europeia têm o monopólio da última palavra no que respeita à interpretação de aplicação de direitos fundamentais, mesmo quando se trata da sua aplicação no âmbito da matérias que integram o leque de poderes da União. Em suma, no domínio substancial ou material dos direitos fundamentais o princípio da preferência do direito europeu parece não ter (ou pelo menos não ter a mesma) utilidade prática, em grande medida como decorrência de a separação de funções entre os tribunais nacionais e o TJUE, prevista no art. 267.º TFUE, apresentar nesta matéria contornos menos nítidos.

Por outras palavras, o que pretendemos sublinhar é, em primeiro lugar, a nossa convicção quanto à inadaptação do *modelo tradicional europeu de controlo de constitucionalidade dos direitos* – baseado na instituição de um “tribunal constitucional” a quem pudesse ser cometido o controlo centralizado (a “última palavra”) dos princípios constitucionais – ao actual xadrez de múltiplas Cartas de Direitos. Contudo, não podemos deixar de destacar que não existe solução pronta, pois “estamos ainda no caminho”, e que nele encontramos aqueles que mesmo no contexto actual vêm sublinhar as

“virtudes do modelo europeu” e a necessidade de instituição de um sistema com estas características (Ferrerres Comella, 2011).

Já em registo mais próximo do nosso, alguns autores afirmam que a questão deve ser solucionada no plano do aprofundamento da dogmática do *direito em rede* (Ladeur, 2009), mas para outros este é hoje um paradigma, um modelo que falhou e que não consegue evoluir mais perante as inúmeras resistências apostas pela comunidade jurídica, que vê nele a fonte do enfraquecimento do poder legislativo democrático, perante o fortalecimento do poder judicial (Teubner, 2009).

As dificuldades de um controlo supranacional de direitos fundamentais tornam-se por demais evidentes no plano da respectiva eficácia horizontal. A explicação é, aparentemente, simples: se os valores estabelecem uma ligação importante entre o direito e a cultura, então, constituindo os direitos fundamentais uma “ordem de valores” (di Fabio, 2004) é normal que esses valores se liguem intrinsecamente à identidade cultural do Estado, o que deita por terra a possibilidade de a aprovação de uma Carta de Direitos poder ser reconduzida à instituição de um novo parâmetro axiológico reconhecido por uma comunidade.

*Case Study V – Carolina do Mónaco (Hannover v. Allemagne) - TEDH
Proc. N.º 59320/00, decisão de 24/09/2004*

O caso reporta-se à publicação por revistas alemãs de fotografias de Carolina do Mónaco em diversas ocasiões, acompanhada e sozinha, obtidas e divulgadas sem o consentimento da mesma.

Após diversos processos que correram termos nos tribunais alemães, a solução da questão culminou com uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, de 15/12/1999, na qual ficou estabelecido que apenas a publicação de fotografias com os filhos violava direitos pessoais (art. 2.º §1.º da GG), bem como a garantia da protecção familiar (art. 6.º da GG). No respeitante às restantes fotografias, o tribunal considerou que a ponderação entre a garantia dos direitos pessoais e a liberdade de imprensa deveria fazer-se com apoio nos arts. 22.º e 23.º da lei dos direitos de autor, na qual se estabelece que o consentimento para a publicação de imagens não é necessário quando estão em causa pessoas que integram o domínio da

história contemporânea, pois neste caso reconhece-se o interesse geral do público a obter informação.

Insatisfeita com os resultados das decisões judiciais alemãs, Carolina do Mónaco recorre para o TEDH, invocando a violação do art. 8.º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar). O Tribunal analisa a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, designadamente o critério funcional e espacial que serviu de base à delimitação do conceito de “personalidade absoluta da história contemporânea”, com base no qual o mesmo havia concluído pela inexistência de violação de direitos de personalidade na publicação das fotografias, e conclui que a ponderação entre a protecção da vida privada e a liberdade de expressão que resultou da decisão do Tribunal Alemão é injusta, devendo o critério assentar antes na “contribuição que a publicação dessas fotografias podem ter no contexto de um debate de interesse geral que permita o aprofundamento da democracia”. Nesta medida, o TEDH considerou que tinha havido violação do art. 8.º da Convenção e condenou o Estado alemão.

O caso ilustra bem as dificuldades que existem no reconhecimento a um tribunal supranacional de poderes para efectuar uma ponderação de direitos no contexto das relações jurídicas horizontais, sobretudo quando essa ponderação assenta, como é o caso do TEDH, em um juízo posterior à ponderação que é efectuada pelos tribunais nacionais, que decidem em função do seu modelo cultural.

O conflito entre liberdade de imprensa e reserva da vida privada constitui, neste âmbito, um case study privilegiado, pois a diversidade de modelos culturais de referência – o francês que promove a protecção da vida privada, o inglês que privilegia a liberdade de imprensa e o alemão que é pretensamente eclético – põe em evidência as deficiências que um controlo superior e sem referente cultural próprio enfrenta, e o perigo daí resultante de que as suas decisões, não obstante a referência formal à margem de livre apreciação dos Estados, redundem em um fundamentalismo autopoiético e arbitrário.

Decisões como esta revelam as insuficiências de uma incorrecta aplicação do modelo jurídico de “direito em rede”, que acaba por substituir o modelo de governance, assente em uma “boa administração da geometria

variável”, por um regresso aos critérios tradicionais de hierarquia e preferência de aplicação, conduzindo (tornando verdadeira a profecia de Teubner) a um resultado desastroso: o empowerment de um poder estadual não democrático como é caso do poder judicial.

No mesmo sentido podem ser invocadas outras decisões igualmente reveladoras das dificuldades da jurisprudência do TEDH quando está em causa a apreciação de questões que envolvem dimensões concretizadoras da cultura nacional.

Case Study VI – “véu islâmico” (Dogru v. France) - TEDH Proc. N.º 27058/05, decisão de 04/12/2008

A requerente, uma muçulmana nascida em França, frequentava o primeiro ano do liceu em 1998/1999 e a partir de Janeiro de 1999 começou a usar um véu, tendo-se recusado a retirá-lo nas aulas de educação física. Em Fevereiro de 1999, a requerente foi expulsa do liceu por não participar activamente nas aulas de educação física. Uma decisão que foi reiterada pelo director dos serviços de educação e mantida pelo Tribunal Administrativo para o qual havia sido interposto recurso da decisão. Também o Tribunal Administrativo de Nante, para onde havia sido interposto recurso da primeira decisão judicial, decidiu manter o julgado, considerando que o comportamento da aluna era desproporcionado relativamente ao direito de expressão religiosa e que por isso o incumprimento reiterado dos deveres respeitantes às aulas de educação física justificava a expulsão. Em recurso para o Conseil d’Etat foi invocada a violação da liberdade de convicção e de expressão, mas esta entidade considerou o recurso improcedente.

É nesta sequência que surge o recurso para o TEDH com fundamento na violação do art. 9.º da CEDH (liberdade de pensamento, de consciência e de religião). Recorde-se que os primeiros casos franceses relativos ao “uso do véu islâmico” na escola pública datam de 1989. É dessa data o parecer do Conseil d’Etat (n.º 346.893) no qual se afirma que o princípio secular na escola pública constitui uma dimensão concretizadora do princípio da separação entre Estado e Igreja, exigindo a neutralidade dos professores e dos currículos escolares no respeito pela liberdade de consciência dos

estudantes. Esta neutralidade requer também que a liberdade de convicção dos alunos, em especial a liberdade religiosa, não contenda com o regular funcionamento das actividades lectivas.

Após a aprovação de diversos documentos de “uniformização de condutas administrativas” e da tramitação de alguns procedimentos em escolas onde os incidentes se foram registando, foi-se sedimentando a orientação segundo a qual o mero uso de símbolos religiosos pelos alunos, desde que não interferisse com a ordem pública, seria tolerado, mas isso não poderia pôr em causa o regular funcionamento das aulas, em especial, as de educação física, o que significava a possibilidade de reprovação por faltas das alunas que recusassem usar o equipamento adequado.

É então que o parlamento aprova a Lei n.º 2004-228 (lei do secularismo), na qual se estipula que: “nas escolas públicas do ensino primário e secundário é proibido o uso de símbolos e vestuário que expressem manifestações religiosas”. Na defesa que apresentou no presente caso, o Governo francês expressou a convicção de que a lei francesa do secularismo estava em conformidade com a CEDH e que as medidas aí contempladas eram adequadas e necessárias para garantir a neutralidade na arena pública de um dos princípios mais enraizados na cultura francesa.

Na apreciação deste caso, o TEDH sublinhou a circunstância de os factos serem anteriores à mencionada lei e por isso o “princípio da legalidade” da actuação das entidades ter apenas como base a orientação do Conseil d’Etat que deixava ampla margem de discricionariedade às escolas na determinação dos limites admissíveis para o uso do “véu”. Para além disso, o TEDH sublinhou também que os valores do pluralismo e da democracia requeriam um diálogo social promotor da interculturalidade, e reconheceu que a Constituição francesa consagrava a secularidade como um princípio fundamental (tal como acontecia com a Turquia e que determinara a solução no caso Leyla Sabin – Proc.44774/98, decisão de 29.06.2004), o que contribuía para justificar que a solução adoptada no caso concreto não fosse desrazoável, na medida em que estavam ainda envolvidos valores de saúde pública, uma vez que o uso do véu era utilizado como fundamento, pela recorrente, para recusa

da prática das actividades desportivas. Por último, sublinhando o facto de a requerente poder continuar a aprendizagem através de um regime de ensino à distância, o TEDH considerou que neste caso não havia violação do art. 9.º da CEDH.

Case Study VII – “crucifixo” (Lautsi v. Italy) - TEDH Proc. N.º 30814/06, decisão de 03/11/2009

O requerente, pai de duas crianças que frequentavam uma escola pública na cidade italiana de Abano Terme (Pádua), considerou que a prática de a escola ter um crucifixo pendurado em cada sala de aula não se adequava ao princípio secular segundo o qual ele queria educar os seus filhos, tendo suscitado essa questão numa reunião de pais. O director da escola apreciou a questão e optou pela manutenção dos crucifixos.

Inconformado, o requerente interpôs recurso para o tribunal administrativo, alegando a violação dos arts. 3.º e 9.º da constituição italiana e do art. 9.º da CEDH. O Tribunal Administrativo não deu provimento ao recurso e na fundamentação da decisão alegou que o crucifixo não era apenas um símbolo religioso, mas também um símbolo do Estado Italiano. O Tribunal Constitucional acabou por se declarar incompetente, uma vez que as normas em causa não integravam o respectivo objecto de cognição. Por sua vez o tribunal administrativo superior considerou que o crucifixo deveria ser considerado, simultaneamente, um símbolo da história e da cultura italiana e também um símbolo dos princípios da equidade, liberdade e tolerância que suportam um Estado secular.

Neste caso, o TEDH, à semelhança do que já fixara em jurisprudência anterior (caso *Dablab v. Switzerland* – Proc. 42393/98, decisão de 15.01.2001), considerou que os crucifixos nas salas de aula das escolas públicas são necessariamente interpretados como uma parte do ambiente escolar e, por essa razão, devem ser considerados “powerful external symbols”. Assim, deu razão ao requerente, considerando que os crucifixos nas salas de aula restringiam o direito dos pais à livre educação dos filhos e qualificando aqueles símbolos como incompatíveis com a neutralidade do Estado, o que o levou a concluir pela existência de uma violação do art. 9.º da CEDH.

As dificuldades de harmonização de *standards* não são exclusivas do TEDH, e surgem também perante o TJCE quando este é chamado a resolver litígios que envolvem problemas relacionados com os modelos culturais dos Estados-membros, como acontece, por exemplo, com a protecção dos direitos de autor (*caso Promusicae*) ou, novamente nas problemáticas do espaço de liberdade, segurança e justiça, com o direito ao reagrupamento familiar (*caso Parlamento/Conselho*).

Case Study VIII – Promusicae - TJUE Proc. C-275/06, decisão de 29/01/2008

A Promusicae é uma associação sem fins lucrativos que agrupa produtores e editores de gravações musicais e audiovisuais. Por carta de 28 de Novembro de 2005, apresentou um pedido de diligências prévias no Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid contra a Telefónica, sociedade comercial que tem como actividade, entre outras, a prestação de serviços de acesso à Internet. Com efeito, a Promusicae requereu que se ordenasse à Telefónica a revelação da identidade e endereço físico de determinadas pessoas a quem esta última prestava serviços de acesso à Internet e relativamente às quais se conhecia o «endereço IP» e a data e hora da ligação. Segundo a Promusicae, essas pessoas utilizavam o programa de troca de ficheiros (dito «peer to peer» ou «P2P»), denominado «KaZaA», e permitiam o acesso, nos ficheiros partilhados dos respectivos computadores pessoais, a fonogramas cujos direitos patrimoniais de exploração pertenciam aos associados da Promusicae. O objectivo da Promusicae era intentar acções cíveis contra os visados.

Por despacho de 21 de Dezembro de 2005, o Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid deferiu o pedido de diligências prévias formulado pela Promusicae. Todavia, a Telefónica deduziu oposição a este despacho, sustentando que, nos termos da LSSI, a transmissão dos dados solicitados pela Promusicae só é autorizada no âmbito de uma investigação criminal ou para protecção da segurança pública e da defesa nacional, e não no âmbito de uma acção cível ou de diligências prévias relativas a essa acção. Por sua vez, a Promusicae alegou que o artigo 12.º da LSSI deve ser interpretado em conformidade com várias disposições das Directivas

2000/31, 2001/29 e 2004/48, bem como com os artigos 17.º, n.º 2, e 47.º da CDFUE, textos que não permitem aos Estados-Membros limitar apenas às finalidades referidas na letra dessa lei a obrigação de transmitir os dados em causa.

Nestas condições, o Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial: «O direito comunitário e, concretamente, os artigos 15.º, n.º 2, e 18.º da Directiva [2000/31], o artigo 8.º, n.os 1 e 2, da Directiva [2001/29], o artigo 8.º da Directiva [2004/48] e os artigos 17.º, n.º 2, e 47.º da Carta [...] permitem que os Estados-Membros restrinjam ao âmbito de uma investigação criminal ou da protecção da segurança pública e da defesa nacional, com exclusão, portanto, dos processos cíveis, a obrigação de conservação e de colocação à disposição de dados de ligação e tráfego gerados pelas comunicações estabelecidas durante a prestação de um serviço da sociedade da informação que recai sobre os operadores de redes e serviços de comunicações electrónicas, os fornecedores de acesso a redes de telecomunicações e os prestadores de serviços de [armazenamento] de dados?»

Questão à qual o TJCE respondeu de forma cautelosa, mostrando respeito pela geometria variável dos standards nacionais fixados em matéria de ponderação de conflitos entre a reserva da intimidade da vida privada e a protecção dos direitos de autor:

“As Directivas 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade d[a] informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»), 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, e 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), não impõem aos Estados-Membros que prevejam, numa situação como a do processo principal, a obrigação de

transmitir dados pessoais para garantir a efectiva protecção dos direitos de autor no âmbito de uma acção cível. Porém, o direito comunitário exige que os referidos Estados, na transposição dessas directivas, zelem por que seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Seguidamente, na execução das medidas de transposição dessas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com essas mesmas directivas, mas também seguir uma interpretação destas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade.”

Case Study IX – Parlamento/Conselho - TJCE Proc. C-540/03, decisão de 27/06/2006

Estava em causa um recurso de anulação interposto pelo Parlamento contra o Conselho da União Europeia, visando a anulação de duas disposições da Directiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, nas quais se estipulava o seguinte:

«A título de derrogação, nos casos de crianças com idade superior a 12 anos que cheguem independentemente da família, o Estado-Membro pode, antes de autorizar a sua entrada e residência ao abrigo da presente directiva, verificar se satisfazem os critérios de integração previstos na respectiva legislação nacional em vigor à data de transposição da presente directiva.»;

«A título de derrogação, os Estados-Membros podem exigir que os pedidos respeitantes ao reagrupamento familiar dos filhos menores tenham de ser apresentados antes de completados os 15 anos, tal como previsto na respectiva legislação nacional em vigor à data de transposição da presente directiva. Se o pedido for apresentado depois de completados os 15 anos, os Estados-Membros que decidirem aplicar esta derrogação devem autorizar a entrada e residência desses filhos com fundamento distinto do reagrupamento familiar.»; e,

«Os Estados-Membros podem exigir que o requerente do reagrupamento tenha residido legalmente no respectivo território, durante um período

não superior a dois anos, antes que os seus familiares se lhe venham juntar. A título de derrogação, se a legislação de um Estado-Membro em matéria de reagrupamento familiar, em vigor à data de aprovação da presente directiva, tiver em conta a sua capacidade de acolhimento, o Estado-Membro pode impor um período de espera, não superior a três anos, entre a apresentação do pedido de reagrupamento e a emissão de uma autorização de residência em favor dos familiares.»

Na fundamentação do pedido, o Parlamento sustentou:

1. que “as disposições impugnadas não respeitavam os direitos fundamentais, nomeadamente o direito à vida familiar e o direito à não discriminação, tal como são garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros da União Europeia, enquanto princípios gerais do direito comunitário, que a União deve respeitar por força do artigo 6.º, n.º 2, UE, para o qual remete o artigo 46.º, alínea d), UE no que respeita à acção das instituições. Invocou que o direito ao respeito pela vida familiar, consagrado no artigo 8.º da CEDH, é interpretado pelo Tribunal de Justiça como abrangendo igualmente o direito ao reagrupamento familiar. O mesmo princípio foi acolhido no artigo 7.º da Carta, relativamente à qual o Parlamento salienta que, na medida em que estabelece uma lista dos direitos fundamentais existentes e embora não tenha efeitos jurídicos vinculativos, constitui, no entanto, um indício útil para a interpretação das disposições da CEDH. Refere ainda o artigo 24.º da Carta, consagrado aos direitos da criança, cujo n.º 2 prevê que «[t]odos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança» e cujo n.º 3 dispõe que «[t]odas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses»”.

2. existência de uma “violação do princípio da não discriminação em razão da idade das pessoas, que é tido em conta pelo artigo 14.º da CEDH e expressamente referido pelo artigo 21.º, n.º 1, da Carta”;

3. “*violação de várias disposições de convenções internacionais assinadas sob a égide das Nações Unidas: o artigo 24.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que foi adoptado em 19 de Dezembro de 1966 e entrou em vigor em 23 de Março de 1976, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que foi adoptada em 20 de Novembro de 1989 e entrou em vigor em 2 de Setembro de 1990, a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, que foi adoptada em 18 de Dezembro de 1990 e entrou em vigor em 1 de Julho de 2003, e a Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1959 [resolução 1386(XIV)]. O Parlamento recordou ainda a recomendação n.º R (94) 14 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros, de 22 de Novembro de 1994, relativa a políticas familiares coerentes e integradas, e a recomendação n.º R (99) 23 do mesmo Comité aos Estados-Membros, de 15 de Dezembro de 1999, sobre o reagrupamento familiar de refugiados e outras pessoas com necessidade de protecção internacional. O Parlamento invocou por fim várias Constituições de Estados-Membros da União Europeia”.*

Em contraposição, “o Conselho observou que a Comunidade não é parte contratante dos diversos instrumentos de direito internacional público invocados pelo Parlamento. Em todo o caso, essas normas exigem simplesmente que os interesses das crianças sejam respeitados e tidos em conta, não estabelecendo, porém, qualquer direito absoluto em matéria de reagrupamento familiar. Por outro lado, o Conselho observou que, em sua opinião, a petição não deve ser examinada à luz da Carta, uma vez que esta não constitui uma fonte de direito comunitário”.

Sobre este diferendo o TJCE afirmou que “os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Para este efeito, este último inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do Homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram. A CEDH reveste, neste contexto, um significado particular. Por outro lado, segundo o artigo 6.º, n.º 2, UE, «[a] União respeitará os

direitos fundamentais tal como os garante a [CEDH], e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário».

Acrescentou ainda que o Tribunal de Justiça teve já ocasião de recordar que o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos é um dos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos Humanos que tem em conta na aplicação dos princípios gerais do direito comunitário. Este é igualmente o caso da Convenção sobre os Direitos da Criança, acima referida, que, como o referido pacto, vincula todos os Estados-Membros. No que se refere à Carta [o acórdão é anterior ao Tratado de Lisboa], esta foi proclamada solenemente em Nice pelo Parlamento, o Conselho e a Comissão em 7 de Dezembro de 2000. Embora a Carta não constitua um instrumento jurídico vinculativo, o legislador comunitário quis reconhecer-lhe importância, ao afirmar, no segundo considerando da directiva, que esta respeita os princípios que são reconhecidos não apenas pelo artigo 8.º da CEDH, mas também pela Carta. Por outro lado, o objectivo principal da Carta, tal como resulta do seu preâmbulo, consiste em reafirmar «os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da [CEDH], das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem».

Com excepção da Carta Social Europeia, não se verifica, em todo o caso, que os outros instrumentos internacionais invocados pelo Parlamento contenham disposições mais protectoras dos direitos das crianças do que as constantes dos instrumentos já mencionados”.

Assim, depois de analisar as disposições da Directiva cuja anulação foi pedida, o TJCE conclui, em fundamentação que se apoia largamente nos contributos da jurisprudência do TEDH (recurso ao judicial dialogue), que as mesmas não violavam quaisquer direitos fundamentais.

O que destacamos hoje na *arena europeia* (voltamos a frisar) é a inoperatividade de um modelo de controlo centralizado, modelo de tipo *kelseniano*, em que um tribunal supremo tenha a “última palavra” em matéria de interpretação

do conteúdo normativo dos direitos quando se trata de “direitos comuns ao nível europeu e nacional”. Com efeito, a concretização normativa há-de repousar sobre o que antes designámos como modelo de *hierarquia plana*, significando que a solução é “ditada” no contexto da tensão que se estabelece entre o nível nacional e europeu (entre os tribunais nacionais e o TJUE), baseada na descentralização decisória originária da doutrina *Simmenthal* (referimo-nos ao contributo da sentença do caso C- 106/77, de 9 de Março de 1978, reforçada hoje pelo art. 52.º/5 da CDFUE), e na afirmação do valor que nessa relação dialéctica de tensão se venha a revelar predominante, pressupondo muitas vezes um mecanismo de *hidden dialogue* a que nos iremos referir a seguir. Trata-se, porém, de uma metodologia que suscita contestação entre aqueles que não conseguem conceber um modelo descentralizado e dialéctico para a *guarda dos direitos* (Ferrerres Comella, 2011, pp. 183-202).

Acresce ainda que a falta de um efectivo referente axiológico europeu para além da afirmação da dignidade da pessoa humana, pese embora o que se anuncia no preâmbulo da CDFUE, fica particularmente bem patente no diferente tipo e nível de realização de direitos sociais no contexto do denominado “modelo social europeu”. Sem prejuízo de uma referência mais detalhada às origens do Estado Social e aos modelos da *Daseinvorsorge* e do *Service Publique*, ou mesmo das propostas liberal e socialista de um modelo de sociedade que levaremos a efeito na Parte II, o que importa destacar aqui é a incapacidade aparente da União Europeia em lidar com a implementação do *novo tom da função de protecção do Estado: o Estado garantidor* e muito particularmente da subespécie do *Estado garantidor na rede*.

Um modelo que assenta em *prestações jurídicas transsubjectivas dos direitos fundamentais*, ou seja, no resultado de uma ponderação que se expande para atender aos diversos “elementos de conexão” convocados pela rede jurídica (o direito-rede em acção), o que transforma os direitos fundamentais em uma organização autónoma, responsável por uma nova “epistemologia social” (Ladeur, 2009, pp. 169-172). Os actuais titulares/beneficiários de direitos sociais enfrentam as adversidades da inserção em uma “comunidade jurídica instituída sobre um projecto de integração económica” e devem procurar ajustar-se às modificações que este modelo exige, sem

prejuízo de o impulso inicial para essa mudança constituir uma responsabilidade do poder público.

Com efeito, importa perceber que ontem – quando o poder político chamou a si um conjunto de serviços e funções gerais do bem-estar da população que a mesma não conseguiria “produzir” por si no contexto social pós-revolução industrial e, de forma mais intensa, no contexto do pós-guerra – como hoje, a *garantia do bem-estar social* é um conceito cuja densificação apenas é possível em relação a um modelo económico-social concreto. Por essa razão, as preocupações sociais do Estado consubstanciavam fundamentalmente um problema político e não um problema jurídico.

Nesta medida, não só é importante analisar o desfasamento entre o referente material dos direitos sociais nas constituições, que está subjacente às correntes do activismo judiciário que representam os excessos da ponderação judicial e da interpretação constitucional (Benvindo, 2010), e o referente material dos direitos sociais no “direito em rede”, que exige um novo código binário entre público e privado, e um refundar de axiomas éticos tradicionais, como ainda tentar perceber o papel que as organizações internacionais podem vir a desempenhar quando tentam chamar a si o controlo dos direitos sociais (ex. a *monitorização de direitos fundamentais pela OIT* - Gusy, 2008, pp. 523ss). Com efeito, veremos mais adiante que o nível de realização do bem-estar não deve depender do nível de despesa pública com prestações sociais, mas sim de um controlo de efectividade da realização destes direitos no contexto do quadro normativo-legal pré-estabelecido: direitos sociais e prestações sociais públicas são conceitos bem distintos no contexto económico-social presente. A incapacidade de gerar uma interpretação consistente do fenómeno social na esfera global não deve significar uma *desistência do jurídico*, mas apenas uma sinalização do *caminho para a reformulação dos sistemas jurídicos*.

c) do hidden dialogue ao judicial dialogue

A parte geral do nosso curso sobre direitos fundamentais só fica completa com uma referência às teorias do *judicial dialogue* que prometem

complementar o problema metodológico gerado pelo “direito em rede” no domínio do controlo judicial dos direitos fundamentais.

A alteração primordial a registar é uma consequência directa das mudanças gerais que este “direito em rede” impõe: também o tribunal vai perceber que não deve decidir sozinho (sobretudo os tribunais constitucionais ou tribunais supremos dos Estados-membros, onde esse “modo de ver o direito” é mais comum – em regra um Tribunal Constitucional decide em função da interpretação que ele próprio vem fazendo do catálogo que prometeu guardar). E vai impor-se, até como forma de auto-controlo, a tarefa mais ou menos generalizada e complexa de recorrer ao *método do direito comparado*, bem como, em alguns casos, de usar “precedentes de jurisprudência estrangeira” ou exemplos do direito estrangeiro como factos relevantes para fundamentar as suas decisões.

Vergottini é especialmente cuidadoso na distinção entre estes dois tipos de situações, sublinhando que a aplicação do direito estrangeiro, quer de um precedente jurisprudencial, quer de uma norma constitucional ou legal, constitui apenas uma *variável cognitiva* da decisão que se soma aos restantes elementos de facto (“fontes de inspiração”) tomados em consideração pelo juiz (Vergottini, 2010, pp. 140). Já quando está em causa o recurso ao *método do direito comparado*, o elemento externo apresenta-se como um *apport cognoscitivo propedêutico* que é determinante na decisão, na medida em que o argumento comparativo se imbrigue no argumento de autoridade (Vergottini, 2010, pp. 149 e 164).

Assim, o *direito constitucional comparado*, que existia já como disciplina académica, ganhou também assento permanente na jurisprudência dos tribunais constitucionais dos países ocidentais, assim como na jurisprudência do Supremo Tribunal norte-americano, onde parece florescer hoje a bom ritmo, vencido o período de “provincianismo”. Sublinhe-se, porém, que a sua recepção expressa consta apenas da Constituição sul-africana e húngara. Talvez por essa razão, grande parte dos autores comunga da tese de que o recurso ao direito estrangeiro numa decisão judicial deve limitar-se a uma função confirmatória (reforço da racionalidade da norma nacional), pedagógica (coadjuvar na interpretação da solução normativa nacional) e *obiter dictum* (reforça um argumento que já vale por si), para não pôr em causa

princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional, designadamente o princípio democrático (Legarre/Orrego, 2010, pp. 22-23).

Em contraponto com estas mudanças é importante destacar que o recurso ao direito constitucional comparado por um tribunal constitucional não deve servir um objectivo de universalização de valores, mas antes o de aprofundamento das soluções de inclusividade no contexto intercultural, até onde essa inclusividade se revelar possível, ou seja, até onde não redunde em uma neutralização do elemento cultural que dá substância material ao projecto social concreto que aquele órgão judicial tem como missão garantir.

Antes, porém, de analisar decisões recentes onde o *judicial dialogue* se encontra bem patente, pensamos ser oportuno destacar que nos sistemas jurídicos onde se optou pela consagração de um modelo de controlo concentrado de constitucionalidade cometido a um Tribunal Constitucional, e mais ainda no sistema português onde se combina este controlo de natureza abstracta com a atribuição àquele Tribunal do “monopólio da última palavra” em sede de fiscalização concreta (Canotilho, 2003, pp. 887ss), percebemos que há muito que o Tribunal Constitucional “é forçado” a estabelecer um *judicial dialogue* com o Supremo Tribunal de Justiça e com o Supremo Tribunal Administrativo, o que lhe permitirá certamente alcançar vantagem nesta nova conjuntura.

Embora, o “método” até aqui utilizado consubstancie no essencial um *hidden dialogue*, que resulta do facto de o controlo de constitucionalidade, mesmo no âmbito da fiscalização concreta, ser sempre um controlo estritamente normativo, (o que em princípio inviabilizaria o diálogo), que acaba por não sê-lo na realidade quando o Tribunal admite controlar “segmentos normativos interpretativos”. Por outras palavras, o sistema de controlo da constitucionalidade até estaria em princípio gizado entre nós para ser um controlo liofilizado – o Tribunal, a sua jurisprudência e a Constituição –, na medida em que o objecto de controlo seriam apenas normas, contudo, ao admitir estender o respectivo controlo, em resultado da adopção de um *conceito funcional de norma*, às interpretações normativas que os tribunais criam e aplicam na resolução dos casos concretos (os denominados “segmentos normativos interpretativos”), a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português acaba por dar guarida a diversos casos de inevitável *hidden dialogue*.

Segundo os autores, os Tribunais Constitucionais dos Estados-membros também optam em regra por diversas técnicas de *hidden dialogue* sempre que são chamados a decidir uma questão que contenda com a aplicação de direito europeu, sobretudo se já existir uma decisão do TJCE e se estiver em causa a aplicação da válvula dos “contra-limites”, ou seja, um acto normativo europeu violador dos princípios fundamentais do Estado-membro, que ao Tribunal Constitucional cumpre “guardar” (Martinico/Fontanelli, 2008).

Assim acontece, por exemplo, com a *doppia pregiudizialità* aplicada pelo Tribunal Constitucional Italiano, nos termos da qual este tribunal reconhece “prioridade” à jurisdição europeia nas matérias do art. 267.º do TFUE, ao mesmo tempo que não renuncia à sua função de “válvula de segurança” ao manter o poder de controlo sobre os “contra-limites” (Martinico/Fontanelli, 2008, pp. 9). Foi precisamente o que sucedeu no caso *Berlusconi*, quando o Tribunal Constitucional Italiano esperou pela decisão do TJCE (Proc. C-403/02) para depois se pronunciar, fazendo referência à decisão do órgão jurisdicional europeu (Ordinanza 165/2004), no qual havia sido expressamente afirmado que *o princípio da aplicação retroactiva da pena mais leve faz parte das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros* (§69).

Pese embora esta posição de princípio, a verdade é que o Tribunal Constitucional Italiano acabou por surpreender a comunidade jurídica ao enviar para o TJCE uma questão prejudicial sobre a conformidade com o direito europeu das normas que criavam um imposto regional sobre as escalas turísticas das aeronaves destinadas ao transporte privado de pessoas, bem como das embarcações de recreio, onerando unicamente as pessoas singulares e colectivas com domicílio fiscal fora do território regional (Sentenza n.º 102/2008). Caso em que o TJCE decidiu (*caso Presidente del Consiglio dei Ministri v. Sardegna* – Proc. C-169/08) pela efectivamente violação do direito europeu, pois a legislação fiscal de uma autoridade regional que cria um imposto sobre escalas como o que está em causa no processo principal, que onera unicamente as pessoas singulares e colectivas com domicílio fiscal fora do território regional, constitui um auxílio de Estado a favor das empresas estabelecidas nesse território.

A mesma conclusão pode ser alcançada no *caso Arcelor*, que embora tenha tido origem num processo judicial administrativo, consubstancia ma-

terialmente uma questão de direito constitucional, envolvendo o *Conseil d'État* e o TJCE, tendo o primeiro reenviado para aquele órgão judicial da UE uma questão prévia respeitante à violação do princípio da igualdade de tratamento entre empresas a propósito do regime jurídico do *comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa*.

Case Study X – Arcelor - TJCE Proc. C-127/07, decisão de 16.12.2008

As requerentes, um conjunto de empresas do sector siderúrgico (grupo Arcelor), solicitaram às autoridades francesas a revogação do artigo 1.º do Decreto n.º 2004-832, na parte em que declara este decreto aplicável às instalações do sector siderúrgico. Não tendo obtido resposta aos pedidos, interpuseram no Conseil d'État um recurso de anulação das decisões tácitas de indeferimento daqueles, com fundamento em abuso de poder, tendo ainda requerido que fosse ordenado às referidas autoridades que procedessem à revogação pretendida. Fundamentaram as suas pretensões na violação de várias normas e princípios constitucionais, com especial destaque para a violação do direito de propriedade, da liberdade de empresa e do princípio da igualdade.

O Conseil d'État julgou improcedentes os fundamentos invocados pelas recorrentes no processo principal, com excepção do relativo à violação do princípio constitucional da igualdade gerada por um tratamento diferente de situações comparáveis. A este último respeito, o mencionado órgão refere que as indústrias do plástico e do alumínio emitem gases com efeito de estufa idênticos àqueles cujas emissões a Directiva 2003/87 pretendeu limitar e que estas indústrias produzem materiais que substituem parcialmente os produzidos pela indústria siderúrgica, com a qual se encontram, portanto, em situação de concorrência. O Conseil d'État aduz ainda que, apesar de a decisão de não incluir imediatamente as indústrias do plástico e do alumínio no regime de comércio de licenças de emissão ter sido tomada tendo em consideração a sua quota-parte nas emissões totais de gases com efeito de estufa e a necessidade de assegurar a implementação progressiva de um sistema global, a questão de saber se a diferença de tratamento entre as indústrias em causa é objectivamente justificada suscita dificuldades sérias e por essa razão, uma vez que a norma em crise transpunha para

o ordenamento jurídico francês uma directiva europeia, decidiu sobrestar na sua decisão e reenviar o processo ao TJCE como se pode ler no respectivo aresto: “Il est sursis à statuer sur la requête de la Societe Arcelor e o. jusqu’à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur la question de la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard du principe d’égalité en tant quelle rend applicable le système d’échange de quotas de démission de gaz à effet de serre aux installations du secteur sidérurgique sans y inclure les industries de l’aluminium et du plastique. Cette question est renvoyée à la Cour de justice des Communautés européennes siégeant à Luxembourg» (Proc. N.º 287110, de 08.02.2007).

No reenvio o Conseil d’État formulou a seguinte questão prejudicial: “A Directiva [2003/87] [é válida] à luz do princípio da igualdade, na medida em que estabelece que o regime de comércio de licenças de emissão [...] é aplicável às instalações do sector siderúrgico, sem nell[e] incluir as indústrias do alumínio e do plástico[?]”.

Após analisar os argumentos técnicos que justificaram a diferença de tratamento entre estes dois sectores industriais, o TJCE conclui o seguinte: “O exame da Directiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho, conforme alterada pela Directiva 2004/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro de 2004, à luz do princípio da igualdade de tratamento não revelou elementos susceptíveis de afectar a sua validade na medida em que submete o sector siderúrgico ao regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, mas não inclui no âmbito de aplicação deste regime o sector químico e o sector dos metais não ferrosos”.

Na sequência desta resposta o Conseil d’État acaba por indeferir o recurso interposto pelas autoras, podendo ler-se na fundamentação da sua decisão o seguinte: “Considérant que, par un arrêt du 16 décembre 2008, la Cour de justice des Communautés européennes, statuant sur la question préjudicielle qui lui avait été soumise par la décision visée ci-dessus du Conseil d’Etat, statuant au contentieux, du 8 février 2007, a dit pour droit que l’examen de la directive 2003/87/CE (...) au regard du principe d’égalité de traitement

n'a pas révélé d'éléments de nature à affecter sa validité en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre au secteur de la sidérurgie sans inclure dans son champ d'application les secteurs de la chimie et des métaux non ferreux; qu'en effet, la Cour a estimé que le traitement différent de secteurs comparables était fondé sur des critères objectifs tenant, d'une part, au nombre très élevé d'installations du secteur de la chimie, d'autre part, au niveau très inférieur des émissions de dioxyde de carbone du secteur des métaux non ferreux par rapport à celui de la sidérurgie, qui entrent dans la marge d'appréciation que cette juridiction reconnaît au législateur communautaire dans la phase de mise en oeuvre de ce système nouveau et complexe visant à réduire les atteintes à l'environnement au coût économiquement le plus faible, la directive ayant elle-même prévu, à son article 30, que les mesures instaurées, notamment en ce qui concerne les secteurs économiques couverts, doivent être réexaminées à intervalle raisonnable» (Proc. N.º 287110, de 03.06.2009).

Ainda neste contexto, sublinhe-se, apenas como nota histórica, o facto de o Tribunal Constitucional português, no Ac. n.º 163/90, ter deixado subentendido que também ele estaria subordinado ao “reenvio prejudicial” quando estivesse em causa a interpretação e eficácia de normas de direito comunitário (Cardoso da Costa, 1998, pp. 1379), mecanismo que, porém, até hoje nunca foi aplicado. De resto, como os autores sublinham, nestes conflitos latentes em que os litígios apresentam pontos de conexão com diversas ordens judiciais, sem que exista uma regra ou um princípio expresso que determine qual delas é a prevalente, o mais normal é a opção pela via do diálogo, evitando-se o confronto directo no medir de forças, embora, lateralmente, todos os “guardiões” gostem de apontar argumentos ameaçadores em favor da respectiva supremacia (Stith, 2007, pp. 36)

Já o TJCE oscila entre os casos em que opta por “evitar” os confrontos, não decidindo em favor das liberdades do Tratado questões que possam colidir com os princípios fundamentais aplicados por cada ordenamento jurídico dos Estados-membros (ex. *caso Ómega*), e os casos em que pretende reforçar o seu papel, impondo a prevalência do direito europeu (ex. *caso Roquette Frères*). Quer num caso, quer noutro, encontramos na sua

jurisprudência uma atitude mais aberta ao *judicial dialogue*, o que pode também resultar do carácter *sui generis* deste órgão, ao qual não são impostos limites claros do que deve ser entendido como “exercício de uma função estritamente judicial”.

Case Study XI – Omega Proc. C-36/02, decisão de 14/10/2004

A Omega, sociedade de direito alemão, explorava em Bona (Alemanha), desde 1 de Agosto de 1994, um estabelecimento designado «Laserdrome», habitualmente destinado à prática de «desportos laser». O referido estabelecimento continuou a ser explorado posteriormente a 14 de Setembro de 1994, dado que a Omega obteve autorização para continuar provisoriamente a exploração, por despacho do Verwaltungsgericht Köln (Alemanha) de 18 de Novembro de 1994. O equipamento utilizado pela Omega no seu estabelecimento, que incluía, designadamente, aparelhos de pontaria a laser semelhantes a pistolas automáticas, bem como receptores de raios instalados, quer em carreiras de tiro, quer em coletes usados pelos jogadores, foi inicialmente desenvolvido a partir de um brinquedo para crianças, livremente disponível no comércio. Dado que o equipamento em causa se revelou tecnicamente insuficiente, a Omega recorreu, a partir de data não especificada, mas posterior a 2 de Dezembro de 1994, ao equipamento fornecido pela sociedade britânica Pulsar International Ltd (actualmente Pulsar Advanced Games Systems Ltd, a seguir «Pulsar»). Contudo, só foi celebrado um contrato de franquia com a Pulsar em 29 de Maio de 1997.

Tendo observado que o jogo praticado no «Laserdrome» tinha por objectivo atingir receptores colocados em coletes usados pelos jogadores, a autoridade policial de Bona, em 14 de Setembro de 1994, proferiu um despacho dirigido à Omega, que a proibia de «permitir ou tolerar no seu [...] estabelecimento jogos que tenham por objecto disparar sobre alvos humanos através de um raio laser ou de outros dispositivos técnicos (por exemplo, raios infravermelhos), ou seja, ‘simulações de homicídio’ com registo dos tiros que atingem o alvo».

Nos termos do despacho de proibição de 14 de Setembro de 1994, os jogos que se praticavam no estabelecimento explorado pela Omega constituíam um perigo para a ordem pública, dado que os actos homicidas simulados e

a banalização da violência que deles resultava eram contrários aos valores fundamentais que prevaleciam na opinião pública. Em consequência, a Omega interpôs recurso de revista para o Bundesverwaltungsgericht com fundamento na violação do direito comunitário, invocando em especial a livre prestação de serviços consagrada no artigo 49.º CE, dado que o seu «Laserdrome» tinha de utilizar o equipamento e a técnica fornecidos pela sociedade britânica Pulsar.

O Bundesverwaltungsgericht considera que, nos termos do direito nacional, deve ser negado provimento ao recurso de revista interposto pela Omega. Interroga-se, contudo, se esta solução é compatível com o direito comunitário, em especial com os artigos 49.º CE a 55.º CE, relativos à livre prestação de serviços, e com os artigos 28.º CE a 30.º CE, relativos à livre circulação de mercadorias, razão pela qual formula um pedido de reenvio prejudicial, mas sempre vai afirmando que “a dignidade humana é um princípio constitucional susceptível de ser violado quer através de um tratamento degradante infligido a um adversário, o que o se verifica no caso em apreço, quer despertando ou reforçando no jogador uma atitude que nega o direito fundamental de cada pessoa a ser reconhecida e respeitada, como a representação, no caso vertente, de actos fictícios de violência com uma finalidade lúdica. Um valor constitucional supremo como a dignidade humana não pode ser posto de parte no âmbito de um jogo de divertimento. Os direitos fundamentais invocados pela Omega não podem, à luz do direito nacional, alterar esta apreciação”.

O TJCE decidiu o seguinte: “o direito comunitário não se opõe a que uma actividade económica que consiste na exploração comercial de jogos de simulação de actos homicidas seja objecto de uma medida nacional de proibição adoptada por razões de protecção de ordem pública, devido ao facto de essa actividade ofender a dignidade humana”.

Case Study XII – Roquette Frères SA – Proc. C-94/00, decisão de 22/10/2002

A Roquette Frères SA era uma sociedade francesa que exercia a actividade de comercialização de gluconato de sódio e de glucono-delta-lactona. Em 10 de Setembro de 1998, a Comissão adoptou, com base no artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 (norma que conferia à Comissão

poderes de instrução com vista à averiguação de eventuais infracções às regras da concorrência aplicáveis às empresas), uma decisão ordenando à Roquette Frères que se submetesse a uma diligência de instrução relativa à sua eventual participação em acordos e/ou práticas concertadas no mercado do gluconato de sódio e do glucono-delta-lactona, susceptíveis de constituírem uma infracção ao artigo 85.º do Tratado CE.

Assim, a Comissão pediu ao Governo francês que tomasse as medidas necessárias para que fosse assegurada a assistência das autoridades nacionais em caso de oposição da Roquette Frères à diligência prevista, e na sequência deste pedido os serviços administrativos competentes apresentaram, em 14 de Setembro de 1998, um requerimento ao presidente do tribunal de grande instance de Lille, a fim de obter a autorização de busca e apreensão, a efectuar na Roquette Frères, previstas nos artigos 48.º e 56.º-A do despacho relativo à concorrência. No essencial, foram anexados a esse requerimento cópia da decisão de instrução emitida pela Comissão e o texto do acórdão Hoechst/Comissão (Proc. 46/87 e 227/88, de 21 de Setembro de 1989 – ver ainda o Proc. C-227/92-P, de 8 de Julho de 1999), no qual havia sido estabelecido em matéria de “exigências decorrentes do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio” que “se é verdade que o reconhecimento desse direito quanto ao domicílio privado das pessoas singulares se impõe na ordem jurídica comunitária como princípio comum aos direitos dos Estados-membros, o mesmo não sucede quanto às empresas, uma vez que os sistemas jurídicos dos Estados-membros apresentam divergências não desprezíveis no que se refere à natureza e grau de protecção das instalações comerciais face às intervenções das autoridades públicas”; acrescentando ainda que “conclusão diversa não pode, aliás, ser retirada do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo n.º 1 estabelece que «qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência». O objecto de protecção deste artigo é o desenvolvimento da liberdade pessoal do homem, não podendo, por isso, ser alargada às instalações comerciais. Além disso, constata-se a inexistência de qualquer jurisprudência a este respeito por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.

O despacho de autorização foi notificado em 16 de Setembro de 1998. As diligências de instrução ocorreram em 16 e 17 de Setembro

de 1998. A Roquette Frères cooperou nas referidas diligências, embora manifestando reservas quanto à realização de cópias de um certo número de documentos. Reservas que acabaram por justificar a interposição de um recurso do despacho de autorização para a Cour de Cassation, no qual são invocados como fundamentos, quer o facto de o juiz ter ordenado as buscas domiciliárias sem dispor de elementos que atestassem a existência de presunções sérias de práticas anticoncorrenciais susceptíveis de justificar as medidas compulsórias, quer a violação de garantias processuais previstas no direito nacional (aplicáveis neste tipo de intervenções), sobretudo no que respeitava à inviolabilidade de domicílio, pois no acórdão Niemietz/Alemanha, o TEDH havia já reconhecido que o art. 8.º da CEDH poderia ser aplicado a certas actividades ou a certas instalações profissionais.

Nestes termos, a Cour de Cassation decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Face aos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica comunitária e no artigo 8.º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, deve o acórdão Hoechst proferido em 21 de Setembro de 1989 ser interpretado no sentido de que o juiz nacional, que tem a competência nos termos do seu direito nacional para ordenar inspecções e apreensões dos agentes da administração nas instalações das empresas em matéria de concorrência, não pode recusar a autorização pedida quando entende que os elementos de informação ou indícios que lhe são apresentados como fazendo presumir a existência de práticas anticoncorrenciais por parte das empresas visadas na decisão de investigação da Comissão são insuficientes para autorizar uma tal medida ou quando, como no caso, nenhum elemento ou indício lhe foi apresentado? 2) Na hipótese de o Tribunal de Justiça entender não existir a obrigação de a Comissão apresentar ao juiz nacional competente os indícios e elementos de informação de que dispõe e que levem a presumir a existência de práticas anticoncorrenciais, esse juiz, não obstante, tem competência, tendo em conta os direitos fundamentais acima referidos, para recusar a autorização das inspecções e apreensões pedidas quando entender que a decisão da Comissão, como no caso presente, não é suficientemente fundamentada e não lhe permite aferir, em concreto, o mérito do pedido que lhe foi submetido, colocando-o,

desse modo, na impossibilidade de exercer a fiscalização exigida pelo seu direito constitucional nacional?»

O TJCE respondeu, esclarecendo que “de acordo com o princípio geral de direito comunitário que consagra a protecção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da actividade privada de uma pessoa singular ou colectiva, cabe ao órgão jurisdicional nacional, competente nos termos do direito interno para autorizar buscas e apreensões nas instalações de empresas suspeitas da prática de infracções às regras da concorrência, examinar se as medidas compulsórias solicitadas na sequência de um pedido de assistência formulado pela Comissão (...) não são arbitrárias ou desproporcionadas relativamente ao objecto da diligência de instrução ordenada. Sem prejuízo da aplicação das disposições de direito interno que regulam a aplicação das medidas compulsórias, o direito comunitário opõe-se a que a fiscalização exercida por esse órgão jurisdicional nacional a respeito do mérito das referidas medidas vá além do que é exigido pelo princípio geral acima mencionado. O direito comunitário obriga a Comissão a zelar por que o referido órgão jurisdicional disponha de todos os elementos necessários que lhe permitam exercer a fiscalização que lhe incumbe (...) em contrapartida, o órgão jurisdicional nacional não pode exigir a transmissão de elementos ou de indícios que figuram no dossier da Comissão e nos quais assentam as suspeitas desta última. Quando o referido órgão jurisdicional considere que as informações comunicadas pela Comissão não satisfazem as exigências mencionadas no n.º 2 do presente dispositivo, não pode, sem violar os artigos 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 e 5.º do Tratado CE (actual artigo 10.º CE), limitar-se a indeferir o pedido que lhe foi submetido. Nesse caso, esse órgão jurisdicional deve informar a Comissão ou a autoridade nacional que solicitou a sua intervenção a pedido desta última acerca das dificuldades encontradas, no mais curto prazo possível, solicitando, eventualmente, as informações suplementares que lhe permitirão exercer a fiscalização de que está incumbido. Só na posse desses eventuais esclarecimentos, ou na falta de diligências úteis por parte da Comissão em resposta ao seu pedido, é que o órgão jurisdicional nacional tem fundamentos para recusar a assistência solicitada, caso seja impossível concluir, face às

informações de que dispõe, pela inexistência de arbitrariedade e pela proporcionalidade das medidas compulsórias em causa relativamente ao objecto da diligência de instrução”.

71

O TEDH, por seu lado, consegue, através da *doutrina da margem de apreciação*, um parâmetro de interpretação que visa distinguir entre o que deve ser considerado uma questão local a decidir pelos tribunais nacionais (recordem-se os casos do “véu islâmico” – *Drogu* e *Leyla Sabin*) e o que deve ser qualificado como fundamental, exigindo a todos os Estados o cumprimento do mesmo parâmetro de actuação, independentemente das variações culturais existentes entre eles (*caso Hatton*).

Case Study XIII – Hatton and others v. The United Kingdom e Proc. 360022/97, decisão de 8/7/2003

O TEDH foi chamado a apreciar um caso de perturbação do direito ao sono em consequência do ruído nocturno oriundo do aeroporto de Heathrow. Na decisão do caso apreciava-se a violação do art. 8.º da Convenção (direito ao respeito pela vida privada e familiar), tendo o tribunal concluído que as medidas implementadas a nível nacional, ou seja, os diversos regulamentos legais sobre a redução do ruído nocturno em cumprimento dos standards fixados pelos organismos internacionais, assim como a informação permanente dos interessados, designadamente, do Heathrow Airport Consultative Committee, no qual estavam representados os membros do poder local das imediações do aeroporto e as associações de vizinhos do aeroporto, seriam suficientes para concluir o seguinte: “In these circumstances the Court does not find that, in substance, the authorities overstepped their margin of appreciation by failing to strike a fair balance between the right of the individuals affected by those regulations to respect for their private life and home and the conflicting interests of others and of the community as a whole, nor does it find that there have been fundamental procedural flaws in the preparation of the 1993 regulations on limitations for night flights”

Todavia, esta decisão não foi unânime, e os cinco juízes que votaram vencidos consideraram que neste caso o Estado não estava a cumprir as obrigações impostas pela norma de protecção do direito à privacidade,

lavrando um voto de vencido onde se pode ler que: «Although we might agree with the judgment when it states: “the Court must consider whether the State can be said to have struck a fair balance between those interests [namely, the economic interests of the country] and the conflicting interests of the persons affected by noise disturbances”, the fair balance between the rights of the applicants and the interests of the broader community must be maintained. The margin of appreciation of the State is narrowed because of the fundamental nature of the right to sleep, which may be outweighed only by the real, pressing (if not urgent) needs of the State. Incidentally, the Court’s own subsidiary role, reflected in the use of the “margin of appreciation”, is itself becoming more and more marginal when it comes to such constellations as the relationship between the protection of the right to sleep as an aspect of privacy and health on the one hand and the very general economic interest on the other hand (...) reasons based on economic arguments referring to “the country as a whole” without any “specific indications of the economic cost of eliminating specific night flights” are not sufficient. Moreover, it has not been demonstrated by the respondent State how and to what extent the economic situation would in fact deteriorate if a more drastic scheme – aimed at limiting night flights, halving their number or even halting them – were implemented».

Trata-se, como bem percebemos, de um sinal no sentido do estreitamento da margem de apreciação “reconhecida” aos Estados, que apesar de tudo não suscita neste caso o mesmo tipo de objecções que podemos apontar ao caso Carolina do Mónaco.

Mas o *judicial dialogue* é uma realidade que se estende muito para além do diálogo europeu, revelando que esta problemática não é exclusiva do “clube europeu”, e em especial do clube europeu dos direitos fundamentais, e sim que corresponde a uma necessidade geral sentida pelos tribunais de incorporar nas respectivas decisões fragmentos de jurisprudência estrangeira. Trata-se de uma corrente que tem sido sobretudo impulsionada pelo crescente relevo da *litigação transnacional* – litígios que correndo os seus termos nos tribunais nacionais envolvem partes de outros Estados e convocam a aplicação de direitos estrangeiro, pondo em crise o princípio

da territorialidade – e pela instituição e reforço do papel dos *tribunais internacionais* – é cada vez mais notória a tentativa de os sujeitos procurarem resolver os seus diferendos com os Estados recorrendo à resolução internacional dos litígios, seja em tribunais internacionais, órgãos internacionais de resolução de litígios (ex. *International Center for Settlement of Investors Disputes*) ou mesmo através da arbitragem internacional –, fenómenos que integram a denominada *global community of Courts* (Slaughter, 2003).

Case Study XIV – ADPF 101/2006 (o caso da importação de pneus recauchutados)

O Supremo Tribunal Federal do Brasil foi chamado a pronunciar-se no âmbito de um processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 101/2006), no qual se pediu que fossem declaradas inconstitucionais e ilegais decisões judiciais que vinham admitindo a importação de pneus recauchutados com base no argumento de que as normas infraconstitucionais que vedavam essa prática eram inconstitucionais, por violação do direito ao meio ambiente (art. 225).

Entre a propositura da ADPF em 2006 e a decisão do STF em 2009 foi solicitada a intervenção de outras entidades, cujas decisões acabaram por influenciar a decisão final do processo. Com efeito, em 2007, o Appellate Body da OMC (WTO) decidiu em sentido favorável ao Brasil um litígio resultante de uma queixa apresentada pela UE relativamente a um conjunto de medidas adoptadas por aquele Estado, no sentido de restringir a importação de pneus recauchutados daquela comunidade de Estados, que alegadamente violariam o GATT (WT/DS332/AB/R). A decisão considerou ainda que os fundamentos de ordem ambiental invocados pelo Brasil deveriam ser também respeitados nas importações daquele tipo de pneus em relação ao Uruguai e ao Paraguai. E no âmbito da arbitragem solicitada pela UE, a OMC deu ao Brasil um prazo até Dezembro de 2008 para cumprir as restrições impostas nas importações relativas àqueles países (WT/DS332/16).

Todavia, ao dar execução a esta decisão, o Brasil incorria na violação das regras do Mercosul, na medida em que o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul já havia condenado a Argentina num caso em que a

mesma pretendia, precisamente, estabelecer limites à importação de pneus recauchutados oriundos do Uruguai.

Assim, o Brasil optou por adotar uma solução intermédia que não respeitava nenhuma daquelas decisões, pois permitia a importação de pneus em quantidade superior à que havia sido permitida pela decisão da OMC, mas em número mais restrito do que aquele a que estaria obrigado segundo a decisão do Mercosul.

Na decisão tomada pelo STF, que foi de procedimento parcial da ADPF, pode ler-se o seguinte: “aquela decisão [a da OMC] convida o Judiciário nacional, em especial este Supremo Tribunal, a examinar e julgar a matéria no que concerne às providências, incluídas as normativas, adotadas no sentido de garantir a efetividade dos princípios constitucionais. Enfoque especial há de ser dado à questão das decisões judiciais contraditórias, realce àquelas listadas na peça inicial desta Arguição, mas que têm caráter meramente exemplificativo, à luz das obrigações internacionais do Brasil, mas, principalmente e em razão da competência deste Supremo Tribunal, dos preceitos constitucionais relativos à saúde pública e à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

O *judicial dialogue* é especialmente importante no contexto da internacionalização das relações económicas, do qual resultam também, como veremos, novos desafios para a resposta social dos Estados, bem como para a resposta a alguns “problemas globais” como o ambiente e o terrorismo.

Os principais cultores do *judicial dialogue* encontram-se hoje nos EUA, e é lá que encontramos também aqueles que apontam as principais objecções a esta metodologia, temendo que a mesma redunde em um *outsourcing* de parâmetros de decisão. Com efeito, o juiz *Scalia* afirma com muita propriedade que a utilização de direito estrangeiro em sentenças constitucionais norte-americanas é um erro, mas confessa também não ter dúvidas de que é o futuro (*Scalia*, 2009).

Em abordagem que teoricamente se aproxima de *Vergottini*, *Scalia* aponta as vantagens do direito comparado enquanto “boa prática” na tarefa hermenêutica – dá como exemplo o “aperfeiçoamento” na aplicação da 8.^a emenda “proibição de penas cruéis” –, mas acrescenta simultaneamente as

razões que devem fundamentar a rejeição do uso do direito comparado na interpretação constitucional, de entre as quais avultam a desarticulação face ao sistema nacional e a falta de democraticidade das soluções alcançadas (a *living constitution* deve ser dinamizada pelo poder parlamentar e não judicial). Um resultado que no seu entender se verifica mesmo que no plano dos valores a decisão seja positiva, como aconteceu no caso *Lawrence v. Texas* (2003) em que a remissão para a jurisprudência do TEDH levou o *Supreme Court* a concluir que a punição de comportamentos homossexuais era inconstitucional (Scalia, 2009).

No recente simpósio sobre *global law* promovido pela Universidade de Washington discutiram-se as virtudes e as limitações do *judicial dialogue*. Reiteraram-se as ideias de que se trata de um fenómeno recente e muito florescente, com diferentes conformações – análise comparativa, interacções directas e decisões em rede ou decisões em comité – e que está a permitir a emergência de uma jurisprudência constitucional global após o abandono de quase todos os projectos políticos de uma constituição global (Law/Chang, 2011). Para que este fenómeno possa ser efectivamente frutífero é necessário fazer uma análise correcta da sua aplicação – ver a qualidade das decisões proferidas e não apenas a mera estatística da incorporação de direito estrangeiro nas decisões – bem como perceber que “o diálogo” envolve uma relação bidireccional e não apenas a recepção da jurisprudência dos tribunais mais conceituados pelos tribunais de países considerados menos paradigmáticos ou relevantes na “arena global”.

Acreditamos que o fenómeno se torna mais fácil em um sistema de decisões judiciais como o norte-americano ou no do mundo anglo-saxónico – o que não deixa de ser aparentemente contraditório com o facto de o Reino Unido ter “reclamado”, conjuntamente com a Polónia, o aditamento de um esclarecimento quanto aos limites de aplicação do título IV da CDFUE naquele território (Protocolo n.º 30 anexo ao Tratado de Lisboa) –, mas olhando a realidade europeia, não negamos o reconhecimento da importância que o aperfeiçoamento desta metódica pode significar na elevação da qualidade das decisões judiciais nacionais, sobretudo quando se trata de decidir questões com pontos de conexão relevantes entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros e com o próprio sistema jurídico da União.

E Marcelo Neves também não esconde o desejo e a inevitabilidade da extensão deste fenómeno a ordenamentos jurídicos que gozam ainda de um grau de integração mitigado em outras comunidades jurídicas, como é o caso do Brasil. Na sua obra expõe diversas perspectivas e planos, sintetizando as que considera serem as principais interacções – direito internacional público e direito estatal, direitos supranacional e direito estatal, direitos estatais entre si, ordens jurídicas estatais e transnacionais, ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais e direitos internacional e direitos supranacional – e embora não subcrevamos inteiramente esta visão, pois acreditamos que hoje a imbricação é global, e por isso mais complexa, não permitindo “arrumar” o fenómeno em relações bipolares como as apresentadas na sua obra, concordamos inteiramente com o autor quando este sublinha que o grande desafio do séc. XXI é a construção de uma nova metodologia (Neves, 2009).

*ROTEIRO JURISPRUDENCIAL PARA APREENSÃO DAS
DIFERENÇAS METÓDICAS ENTRE A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS POR TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E A RESOLUÇÃO DE
LITÍGIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO
TRANSCONSTITUCIONAL E DO JUDICIAL DIALOGUE*

- a) A resolução de litígios respeitantes a “direitos fundamentais em sentido amplo” por tribunais internacionais:

Acórdão do TEDH no caso Loizidou vs. Turquia (Proc. 15318/89)

Loizidou era uma cidadã cipriota, originária de Kyrenia (norte do Chipre), que em 1972 casou e foi viver com o marido em Nicosia. A autora reclamou a propriedade sobre uns lotes de terreno localizados em Kyrenia, bem como o facto de relativamente a um deles ter sido emitida uma autorização de edificação previamente à ocupação do norte do Chipre pela Turquia em Julho de 1974. A propriedade dos terrenos encontrava-se devidamente atestada por documentos oficiais emitidos pelas autoridades cipriotas, mas as autoridades turcas impediam-na de regressar à terra natal e usufruir pacificamente dos respectivos bens.

Por essa razão, a autora decidiu participar, em 19.03.1989, na marcha organizada na Lymbia pelo „Women Walk Home“ movement, perto da cidade turca de Akincilar, na zona do norte do Chipre ocupada pelos turcos. Liderando um grupo de cinquenta manifestantes, Loizidou acabou por atravessar o posto das Nações Unidas e entrar na zona ocupada pelos turcos, facto que determinou a detenção de todas as manifestantes pelos

soldados turcos por mais de 10 horas, acabando a requerente por ter de regressar a Nicosia de ambulância.

Por força deste incidente, a autora deu início a um processo judicial que culminou com um pedido apresentado junto do TEDH no qual o governo cipriota e Loizidou afirmaram que após a ocupação do norte do Chipre pela Turquia, os proprietários dos bens aí localizados ficaram totalmente privados do respectivo gozo, o que consubstanciaria uma violação do direito de propriedade, consagrado no art. 1.º do Primeiro Protocolo adicional à CEDH, e que, no caso de Loizidou, os factos descritos consubstanciariam uma violação continua e reiterada não só do direito de propriedade, mas também do direito ao domicílio consagrado no art. 8.º da Convenção.

O caso em apreço não se circunscreve a um problema de violação de direitos consagrados na CEDH, pois ele está intimamente associado ao conflito político que culminou com a invasão do Norte do Chipre pela Turquia em 1974 e com a criação da denominada República Turca de Chipre do Norte, até hoje não reconhecida pela ONU. Circunstância que explica o julgamento prévio de algumas excepções no sentido de saber se o TEDH poderia ou não conhecer do pedido, uma vez que, oficialmente, o território do Norte do Chipre não está sob administração Turca, tendo sido suscitada perante o tribunal uma questão prévia: saber se este não era um problema de direito internacional, em virtude de a RTNC constituir o resultado do direito à autodeterminação dos cipriotas turcos. Todavia, aquele tribunal considerou que mesmo nesse quadro jurídico os factos em questão poderiam ser “imputados” à Turquia e acabou por considerar, em decisão que não foi unânime, a existência de uma violação ao art. 1.º do Protocolo n.º 1 adicional, ou seja, considerou que os actos “imputados” à Turquia consubstanciavam uma violação do direito de propriedade por se reconduzirem a um tipo de expropriação sem indemnização, embora tenha rejeitado o argumento respeitante à violação do art. 8.º da CEDH (direito ao domicílio).

Trata-se de uma decisão amplamente criticada pela doutrina (Lock, 2010, pp. 25ss.) que, apoiada nas opiniões expressas nos diversos votos de vencido que constam da decisão, exprime a necessidade de uma *autocontenção do*

poder judicial em formular juízos *obiter dictum* sobre questões respeitantes a problemas de direito internacional por via de uma jurisprudência que pretensamente se destina a garantir direitos fundamentais.

79

Acórdão do ITLOS no caso Southern Bluefin Tuna (Caso 3/4, de 27/08/1999)

A questão prende-se com a preservação da espécie southern bluefin tuna (atum) que estaria a ser ameaçada pelo programa de pesca experimental promovido pelo Japão em 1998, de forma unilateral, e em desrespeito pelas regras da Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna (SBT Treaty), assinada em 1994 por aquele país, conjuntamente com a Austrália e a Nova Zelândia para impor quotas de pesca relativamente a esta espécie. Um acordo através do qual foi também instituída a Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna (CCSBT), uma entidade independente, responsável pela gestão da espécie e por fixar, entre outras coisas, quotas nacionais de pesca para cada um daqueles países. Nesta sequência, a Nova Zelândia em primeiro lugar, seguida da Austrália, decidiram submeter a questão a arbitragem e, simultaneamente, apresentaram um pedido de medidas provisórias no International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), alegando que o Japão violara as regras a que estava obrigado sob os arts. 64.º e 116.º a 119.º da UNCLOS (United Nations Convention on the Law of the Sea). Em resposta o Japão questionou a competência do ITLOS, mas, simultaneamente, admitindo que o tribunal pudesse ser competente, contestou o pedido de medidas preventivas formulado por aqueles dois países e apresentou um “contra-pedido” no sentido de que viesse a ser estabelecido um acordo sobre o volume total de captura permitido.

Após o início do processo, a Nova Zelândia e a Austrália notificaram o ITLOS de que o Japão tinha acordado em suspender imediatamente o programa experimental de pesca em causa, que se comprometera perante a Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna a reduzir substancialmente as suas quotas de pesca, que todas as partes acordaram em respeitar o princípio da precaução em matéria de captura da referida espécie, e ainda que todos haviam encetado esforços para cumprir escrupulosamente a Convenção e pôr termo ao conflito.

Todavia, o ITLOS, através do que denominou como “abordagem preventiva”, optou por aprovar algumas medidas preventivas que vigorariam até à decisão do tribunal arbitral, designadamente: as partes abster-se-iam de praticar quaisquer actos que pudessem agravar o litígio ou comprometer a eficácia da decisão que viesse a ser adoptada; que os valores máximos de captura seriam os fixados anteriormente pela CCSBT; e que deveriam envidar esforço para alcançar um acordo sobre o diferendo.

Neste caso, acreditamos que o problema possa ser interpretado sob duas perspectivas: ou como solução de um diferendo em matéria de liberdades económicas, uma vez que está em causa a limitação do direito de pesca de alguns países; ou, e parece ter sido essa a abordagem escolhida pelo tribunal, a da salvaguarda do ambiente através do reconhecimento de um *status procuratoris* às entidades constituídas especificamente para as missões de protecção das espécies animais, o que justificaria o aparente *activismo* da decisão judicial.

Acórdão do TIJ no caso LaGrand (Germany v. United States of America, de 27/06/2001)

Em 7 de Janeiro de 1982, os irmãos Karl e Walter Bernhard LaGrand, dois cidadãos alemães, perpetraram um assalto a um banco no Estado do Arizona, nos EUA, no qual mataram um homem e produziram danos corporais em uma mulher. Foram capturados, julgados e condenados à pena de morte. Embora tivessem vivido desde muito jovens nos Estados Unidos, estes cidadãos alemães nunca solicitaram a cidadania americana, pelo que foram condenados na qualidade de estrangeiros. Nesta circunstância, ambos teriam direito, segundo as regras da Convenção de Viena, a beneficiar de assistência consular do Estado da nacionalidade, o que no caso não foi respeitado.

Após tomarem conhecimento desses elementos, os irmãos LaGrand recorreram para o tribunal federal alegando a invalidade da decisão condenatória, por não terem sido respeitados os seus direitos de defesa previstos nas normas internacionais, não tendo o respectivo pedido sido atendido por razões formais. Mais tarde a Alemanha accionaria o Tribunal

Internacional de Justiça, pedindo que os EUA fossem condenados a suspender a execução da pena de morte até que os direitos fundamentais de defesa dos cidadãos germânicos em causa fossem assegurados.

Assim, mesmo depois de o US Supreme Court ter negado razão à Alemanha, alegando que naquele caso não dispunha de jurisdição sobre o tribunal do Estado de Arizona que condenara os irmãos LaGrand, a Alemanha acabaria por ganhar a causa no TJJ através de uma decisão na qual este tribunal firmou jurisprudência no sentido de que nenhum direito interno se pode sobrepor aos direitos plasmados na Convenção de Viena.

A doutrina aponta inúmeras virtudes a esta decisão, em especial o facto de consubstanciar a afirmação de *standard internacional* de protecção jusfundamental que se sobrepõe à autonomia das circunscrições judiciais, neutralizando, em alguma medida, os fenómenos de *fórum shopping* em matéria de protecção de direitos fundamentais (Lock, 2010, pp. 32).

Acórdão do TJUE no caso Mox Plant (Proc. C-459/03, de 30/05/2006)

A Irlanda transmitiu ao Reino Unido, em 15 de Junho de 2001, um pedido de constituição de um tribunal arbitral, em aplicação do artigo 32.º da Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste, assinada em Paris em 22 de Setembro de 1992, sustentando que o Reino Unido não cumprira as obrigações previstas no artigo 9.º da referida convenção ao recusar fornecer-lhe uma cópia completa de um relatório respeitante a actividades desenvolvidas nas zonas abrangidas pela protecção daquele regime jurídico. A referida Convenção foi aprovada em nome da Comunidade pela Decisão 98/249/CE do Conselho, de 7 de Outubro de 1997 (JO 1998, L 104, p. 1). O tribunal foi constituído, e, em 25 de Outubro de 2001, a Irlanda notificou o Reino Unido de que, nos termos do artigo 287.º da convenção, instaurara um processo no tribunal arbitral previsto no anexo VII da convenção, tendo em vista a resolução do «diferendo relativo à fábrica MOX, às transferências internacionais de substâncias radioactivas e à protecção do meio marinho do Mar da Irlanda». Entretanto, a Irlanda aproveitando o facto de ambos países serem também partes na United Nations Convention on the Law of the Sea,

decidiu igualmente accionar o ITLOS e solicitar medidas preventivas, que vieram a ser adoptadas pelo tribunal (Processo n.º 10/ITLOS).

O Reino Unido sustentou, com base no artigo 282.º da Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste, que alguns aspectos das acusações formuladas pela Irlanda eram da competência do direito comunitário, de forma que o Tribunal de Justiça tinha competência exclusiva para conhecer do mérito do litígio. Por despacho de 24 de Junho de 2003, notificado à Comissão no dia 27, o tribunal arbitral decidiu suspender o processo até 1 de Dezembro de 2003 e solicitou que lhe fosse facultada informação mais ampla até essa data no que se refere às implicações do direito comunitário no conflito que lhe fora submetido. A Comissão, notificada do caso, considerou que a Irlanda, ao desencadear o processo de resolução de conflitos previsto pela convenção para dirimir o conflito relativo à fábrica MOX que a opunha ao Reino Unido, não respeitara a competência exclusiva do TJCE no que se refere aos diferendos relativos à interpretação e à aplicação do direito comunitário, infringindo o artigo 292.º CE. Assim, o TJCE acabou por dar razão à Comissão e condenar a Irlanda, considerando que a obrigação de cooperação estreita no quadro de um acordo misto implicava, por parte daquele Estado-membro, um dever de informação e de consulta prévias das instituições comunitárias competentes antes de desencadear um processo de resolução do diferendo relativo à fábrica MOX no quadro da convenção.

De acordo com a doutrina, este é um caso em que a solução para um conflito jurisdicional entre o ordenamento jurídico global e o ordenamento jurídico supranacional é alcançada exclusivamente com base em fundamentação jurídica, pois se por um lado no primeiro se estabelecia expressamente um critério de preferência por uma decisão judicial, o segundo juntou a esse critério um outro de base exclusivamente jurisdicional, segundo o qual o ordenamento global deve respeitar a autonomia do ordenamento jurídico supranacional quando o mesmo assenta, principalmente, sobre a matéria subjacente ao litígio (Cassese, 2009^[1], pp. 79). A aceitar-se esta leitura da jurisprudência em causa, teríamos que concluir que a questão ambiental fica subordinada à questão de política económica, uma vez que seria esse

o domínio material que ditaria a prevalência da jurisdição europeia. Pese embora o esforço que a UE vem fazendo nesta matéria para afirmar a sua política ambiental (política ambiental “a uma só voz”), ficam-nos algumas interrogações quanto à neutralização da protecção internacional dos bens ambientais em resultado da afirmação de *standards regionais* no quadro de projectos de integração económica. Interrogações que se estribam na crescente preponderância do reconhecimento de um *status procuratoris* na legitimidade para defesa de valores ambientais na arena global.

Acórdão do WTO dispute settlement no caso Chile v. UE em matéria de espadarte (WT/DS/193)

A questão resulta da aprovação pelo Chile, em 1999, de uma adenda à Lei geral das pescas, que proibia as embarcações da UE de descarregar e fazer transferência de espadartes nos portos daquele país. Em consequência, a UE decidiu solicitar à OMC, em 2000, a constituição de um painel de resolução de litígios para analisar a conformidade destas medidas com as disposições do GATT. No mesmo ano, a União Europeia e o Chile decidem também accionar o ITLOS para que este aprecie o problema da exploração e captura sustentável daquela espécie.

Em 2001, a UE informa o DSB da OMC de que teria conseguido alcançar um acordo com o Chile nos termos do qual teria sido promovida uma comissão técnico-científica para estudar a sustentabilidade da pesca daquela espécie no Pacífico Sudoriental e ambos iriam promover uma acção multilateral no sentido de sensibilizar os restantes Estados com interesses piscícolas naquela zona para o problema do povoamento. Este acordo permitiria igualmente suspender os litígios pendentes quer na OMC, quer no ITLOS. Depois de muitos avanços e recuos os processos foram finalmente encerrados em 2009, tendo o diferendo sido maioritariamente resolvido através de acordos e com cedências de ambas partes.

A análise das decisões precedentes permite-nos ilustrar a discussão actual, em que uma parte da doutrina defende que devemos questionar se o accionamento dos tribunais internacionais ou mecanismos equiparados constitui um verdadeiro problema de violação de direitos fundamentais

(maioritariamente de liberdades económicas para sermos mais precisos) ou se estaremos antes perante casos em que a alegada violação dos direitos fundamentais consagrados em documentos internacionais constitui apenas um pretexto para procurar uma solução jurídica para um diferendo de direito internacional, que no fim culmina com uma decisão que carece de efectividade ou com uma resolução extra-institucional do litígio, cujo resultado redunde na “desacreditação” das instituições judiciais constituídas na ordem jurídica internacional.

Mas não só, este tipo de decisões acaba também por *pôr em crise a unidade do ordenamento jurídico internacional*, levando os interessados a colocar os problemas sob formas muito diversas, de modo a conseguir que o mesmo assunto venha a ficar sob a jurisdição que consideram mais favorável aos interesses que visam alcançar, fomentando desabridamente o *forum shopping*.

Veja-se que nos casos antes relatados, sempre que a questão envolvia problemas relacionados com o comércio e com o mar, os Estados procuravam forma de accionar o ITLOS e a OMC, mas no essencial estes objectivos esvaíam-se em uma tentativa apenas de reforçar argumentos para a resolução diplomática do diferendo. Pese embora a aparente “falta de efectividade” destas jurisdições, é importante destacar que os Estados não prescindem delas e preocupam-se em carrear argumentos para as poderem accionar.

Trata-se, porém, segundo julgamos, de uma forma de tentar reconstruir os mecanismos de tutela dos direitos fundamentais de natureza económica no espaço global. Se antes as liberdades económicas eram contrapostas ao poder dos Estados que dirigiam as economias nacionais, hoje, com a globalização económica e a instituição de organizações internacionais promotoras da sustentabilidade dos recursos comuns da humanidade, a ameaça é externa, e os Estados (e as entidades competentes das organizações económicas regionais) apresentam-se nestes litígios “em amparo” dos operadores económicos nacionais e com o propósito de defender alguma autonomia para o seu espaço económico na esfera global. É, todavia, um modelo muito diferente das garantias jusfundamentais tradicionais, pois registamos que muitas vezes o objecto central da protecção, quando estão em causa valores como o ambiente, acaba por não resistir perante os argumentos de força dos consensos económicos.

Um caminho importante a explorar, também neste domínio, é o da incorporação destes *standards* firmados pelos tribunais internacionais nas decisões adoptadas no ordenamento internos e *vice-versa*. Como bem sublinha *Scalia*, na aplicação de um tratado internacional faz todo o sentido que os tribunais olhem às interpretações que os restantes tribunais já foram fazendo da respectiva norma no momento da sua aplicação, pois, desta forma, será mais fácil tornar efectivas as disposições de um Tratado (*Scalia*, 2009).

b) A resolução de litígios de direitos fundamentais no triângulo europeu (reforço do olhar crítico)

Acórdão do TEDH no caso M&Co. v. Alemanha (Proc. 13258/87)

Em 14 de Dezembro de 1979, a Comissão Europeia impôs uma coima à empresa M&Co., com sede em Bremen, que tinha como objecto a importação e exportação de mercadorias, em especial, a importação de equipamentos hi-fi fabricados pela Pioneer no Japão, com fundamento na violação do art. 85.º do TCE, por aquela empresa se ter recusado a vender alguns produtos encomendados por empresas do mercado francês.

Inconformada com a decisão, a M&Co apresentou recurso no TJCE, que apenas reformulou a decisão e reduziu parcialmente a contra-ordenação. Seguidamente, a empresa accionou a justiça alemã com o intuito de tentar neutralizar a execução da sanção, alegando que a mesma seria inconstitucional, mas sem sucesso. Mais tarde, já em sede de pedido de indemnização contra a República Federal Alemã, o Tribunal Constitucional Alemão haveria de se pronunciar sobre o caso, afirmando que o TJCE garantia de forma satisfatória a protecção dos direitos fundamentais, e que, por essa razão, carecia de fundamento qualquer obrigação de análise, por parte das autoridades alemãs, quanto à conformidade constitucional das decisões daquele tribunal.

Esgotados os meios de garantia jurisdicionais no plano nacional, a empresa recorre ao TEDH, invocando violação dos arts. 1.º e 6.º (direito a um processo equitativo) da CEDH. Na apreciação deste caso o TEDH fixou alguns pontos importantes, como o reconhecimento de que o facto de

os Estados membros da Convenção transferirem poderes para instâncias supranacionais não violava o disposto na Convenção, desde que nesses ordenamentos os direitos fundamentais tivessem protecção equivalente – o que, no entendimento de alguma doutrina, resulta na manutenção da responsabilidade dos Estados (Duarte, 2003, pp. 23) – e ainda o de que a protecção conferida pelo TJCE é em regra (segundo a jurisprudência consolidada) conforme com o conteúdo da CEDH.

Acórdão do TEDH no caso Procola v. Luxemburgo (Proc. 14570/89)

A Procola é uma associação agrícola luxemburguesa, que em Novembro de 1987 recorreu ao Judicial Committee of the Conseil d'Etat para solicitar a judicial review das normas referentes às quotas de produção leiteira, em especial o facto de algumas apresentarem eficácia retrospectiva, tendo a respectiva pretensão sido indeferida por aquele órgão. Inconformados com o conteúdo da decisão e sobretudo com o facto de a mesma ter sido proferida por uma formação do Conseil d'Etat da qual faziam parte quatro membros que já se haviam pronunciado antes sobre a questão a título consultivo, decidiram recorrer ao TEDH alegando violação do art. 6.º da CEDH, designadamente, por falta de imparcialidade e independência do órgão judicial que havia apreciado a questão no sistema interno. Refira-se que no procedimento perante a Comissão a Procola havia invocado também a violação do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 (direito de propriedade) e do art. 7.º da CEDH (princípio da legalidade), mas que a mesma apenas considerou procedentes os argumentos respeitantes à violação do art. 6.º da CEDH.

Neste caso o TEDH considerou que tinha existido uma violação do art. 6.º da CEDH, na medida em que quatro dos cinco membros do órgão que julgara a ilegalidade das normas tinham previamente sufragado a conformidade jurídica das mesmas na fase consultiva, o que, sem pôr em causa a forma de organização e funcionamento do órgão – sobretudo o facto de concentrar uma função consultiva e judicial – permitia ainda assim ao TEDH afirmar que o facto de a maioria da formação do órgão poder estar presente nos dois tipos de actividade respeitantes à mesma questão era suficiente para concluir que estava em causa a imparcialidade da decisão e, por essa razão, havia violação do art. 6.º da CEDH.

Veja-se que o TEDH sem se pronunciar sobre a questão substantiva que conduziu a *Procola* ao litígio com as autoridades do Luxemburgo – pois a associação de agricultores não retira da sentença qualquer resultado útil respeitante à aplicação das quotas de produção leiteira – consegue contudo pôr em evidência a importância que o direito a um processo justo e equitativo hoje assume para aqueles que pretendem reagir contra medidas de implementação de políticas supranacionais.

Por outras palavras, o que deve ser destacado nesta decisão não é apenas o facto de o TEDH ter adoptado uma decisão no sentido de promover a garantia de um processo equitativo, mas, sobretudo, que essa decisão no caso concreto é o que permite àquela entidade obrigar o Estado a fundamentar a opção adoptada em matéria de implementação da política agrícola europeia, ao que parece, sem acautelar os interesses dos respectivos produtores nacionais.

Acórdão do TEDH no caso Cantoni v. França (Proc. 17862/91)

Cantoni era um cidadão francês proprietário de um supermercado, que foi condenado no tribunal criminal daquele Estado-membro por vender no respectivo estabelecimento alguns produtos farmacêuticos como álcool concentrado e vitamina C. O réu alegou em sua defesa que os referidos produtos não eram produtos farmacêuticos e que não estavam incluídos na lista dos produtos de venda exclusiva em farmácias aprovada pelo Public Health Code. No recurso para a Paris Court of Appeal a sentença foi mantida e o réu recorreu para a Court of Cassation, alegando violação do art. 7.º/1 (princípio da legalidade) da CEDH e dos artigos do Public Health Code, que no seu entender não eram suficientemente claros quanto à definição de produto farmacêutico, de modo a permitir que um cidadão normal pudesse inferir quando é que estava ou não a cometer um ilícito criminal. Também este órgão judicial rejeitou o recurso e na sua fundamentação fez referência à jurisprudência do TJCE sobre a matéria.

Em recurso para o TEDH, o autor alega violação do art. 7.º da CEDH por considerar que a definição de produto farmacêutico constante do art. L. 511 do Public Health Code era imprecisa e, por essa razão, capaz de provocar situações de arbitrariedade como a que se verificara no caso

concreto. Na fundamentação da decisão, o TEDH convoca o conceito de produto farmacêutico consagrado na Directiva n.º 65/65, por considerar que a definição do artigo francês em causa correspondia literalmente à que fora adoptada na Directiva europeia, e aponta também as razões que justificam o facto de uma técnica legislativa de tipicização por categorias (como a que fora adoptada no caso concreto) em matéria de normas sancionatórias não poder constituir, em si, uma violação do princípio da legalidade. Por último, o tribunal recorreu ainda ao argumento da formação profissional do réu para considerar que o mesmo dominava as legis artis da actividade, e que, nessa qualidade, deveria ter-se questionado quanto à legalidade do acto de comercialização daqueles produtos, não devendo o mesmo desconhecer que poderiam integrar a categoria de produtos farmacêuticos.

Acórdão do TEDH no caso Matthews v. Reino Unido (Proc. 24833/94)

Em 1994, Denise Matthews requereu ao Electoral Registration Officer de Gibraltar o registo como eleitor nas eleições para o parlamento europeu. No acórdão são sublinhados, por um lado, o estatuto de Gibraltar como território dependente do Reino Unido, subordinado maioritariamente às regras fixadas pelo respectivo Governador, e, por outro lado, a sua posição face à União Europeia, onde é considerado um “país terceiro”, apenas sendo aplicáveis naquele território as normas europeias respeitantes à liberdade de circulação de pessoas, serviços e capital, bem como de protecção da saúde, do ambiente e dos consumidores.

Inconformada com o facto de o seu pedido não ter sido satisfeito, Matthews recorreu para o TEDH (por declaração do Reino Unido de 1953, a aplicação da CEDH foi estendida àquele território) alegando violação do art. 3.º do Protocolo n.º 1 (direito a eleições livres). Veja-se que no procedimento prévio parente a Comissão se havia concluído pela inexistência da alegada violação.

Na apreciação do caso o TEDH conclui pela violação do referido artigo da CEDH, fundamentando a sua decisão (que não foi unânime) no facto de o Reino Unido ter o dever de assegurar o cumprimento dos preceitos da Convenção em Gibraltar, na inexistência de violação do princípio da separação de poderes, porquanto o respeito pelo direito a eleições livres não

consubstanciaria uma matéria exclusiva do parlamento, mas antes um problema de estrutura estadual constitucional, e ainda na circunstância de após o Tratado de Maastricht o Parlamento Europeu ter passado a constituir um órgão com poder legislativo, cujos actos eram também eficazes no território de Gibraltar.

O caso *Matthews* é apontado como um “mau exemplo” de decisões do TEDH, em que este acaba por se “exceder”, desconsiderando as especificidades do modelo jurídico-político britânico, o que conduz a um descrédito da sua jurisprudência. Recentemente uma questão próxima desta voltou a colocar-se, desta vez a propósito do direito de voto dos presos, tendo o TEDH voltado a condenar o Reino Unido – caso *Hirst v. Reino Unido* (P. 74025/01) – em mais uma decisão que tem motivado críticas acesas pela doutrina.

Acórdão do TEDH no caso Emesa Sugar (Proc. 62023/00) e Ac. do TJUE (T-43/98)

A Emesa Sugar N. V. era uma empresa com sede em Aruba (território autónomo holandês situado nas Caraíbas – e por isso integrado no âmbito dos denominados Países e Território Ultramarinos- PTU) que se dedicava à produção de açúcar e respectiva exportação para a UE. Todavia, como não existia produção de açúcar em Aruba, a empresa importava a cana-de-açúcar de refinarias situadas em Estados com os quais a UE tinham tratados especiais, mais concretamente, em Trinidad e Tobago, um dos países que integrava o regime dos países ACP, regime jurídico actualmente regido pela Convenção de Cotonou. Em Aruba, a Emesa procedia apenas às operações de limpeza, moagem e empacotamento.

A empresa exercia a sua actividade ao abrigo do regime jurídico aplicável aos países e territórios ultramarinos, previsto na Decisão 91/482/CEE, revista pela Decisão 97/803/CE (hoje substituída pela Decisão 2001/882/CE – “Decisão de Associação Ultramar”) e nos artigos da Parte IV do TCE (hoje arts. 198.º ss do TFUE). De acordo com este regime jurídico, as importações originárias dos PTU beneficiam de uma isenção aduaneira semelhante à que se aplica dentro do espaço europeu. Ao importar o açúcar de um país ACP, a Emesa pretendia beneficiar de um regime jurídico que cumulava as

vantagens dos regimes PTU e ACP – regra chamada «de cúmulo de origem ACP/PTU», aplicável a «qualquer complemento de fabrico ou transformação efectuada nos PTU – prevista no art. 6.º do anexo II da Decisão 91/482/CE. Todavia, a Decisão 97/803/CE veio estabelecer alguns limites relativamente ao açúcar, através do aditamento de um artigo no qual se estipulava que o cúmulo de origem ACP/PTU para o açúcar ficaria limitado a uma quantidade anual determinada, fixada em 3 000 toneladas.

A empresa alegou que possuía uma capacidade mínima de tratamento de 34 000 toneladas de açúcar por ano, o que significaria que a aplicação da limitação antes mencionada lhe acarretaria um elevado prejuízo, razão pela qual intentou no TJCE um pedido de impugnação da referida decisão. O presidente do tribunal de primeira instância indeferiu o processo, mas a Emesa interpôs recurso dessa decisão a qual foi anulada por despacho do presidente do Tribunal de Justiça, que devolveu o processo ao Tribunal de Primeira Instância.

Após um processo com diversos incidentes, o Tribunal de Primeira Instância, em Dezembro de 2001 (Proc. T-43/98), considerou que a não existiam fundamentos para sustentar a ilegalidade da decisão do Conselho, nem razões que permitissem fundamentar a pretensão indemnizatória da Emesa. Nesses incidentes intercalares, conta-se o do pedido de reenvio prejudicial formulado pelo presidente do Arrondissementsrechtbank te «Gravenhage (Países Baixos) ao Tribunal de Justiça para que este se pronunciasse sobre a validade da referida Decisão de 1997, tendo aquele tribunal concluído, em Fevereiro de 2000, que o exame das questões submetidas não tinha revelado elementos susceptíveis de afectar a respectiva validade (Proc. C-17/98). Uma decisão que motivara o Tribunal de Primeira Instância a pedir às partes que se pronunciassem sobre a prossecução do processo.

Em resposta a esta solicitação, a Emesa sustentara que o acórdão do TJCE se baseava em erros de facto. Além disso, esse acórdão fora proferido com violação do artigo 6.º da CEDH (direito a um processo equitativo), pois, durante o processo que corria os seus trâmites no Tribunal de Justiça, a recorrente não pôde formular observações sobre as conclusões do advogado-geral.

Após o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, que não dera razão ao pedido formulado pela Emesa, a empresa apresentou um processo no TEDH, alegando violação do art. 6.º da CEDH nos processos que correram termos nos tribunais europeus, mas fundamentando o seu pedido contra a Holanda, afirmando que esta não poderia neutralizar as suas responsabilidades na garantia de um processo equitativo para a empresa pelo facto de ter “delegado” os poderes para resolução daquele litígio nos órgãos judiciais da UE. Na sua argumentação, a Emesa referiu-se ainda ao caso M&Co. v. Alemanha para sublinhar que o critério aí adoptado (protecção equivalente concedida pelo ordenamento jurídico europeu através da acção do TJCE) não podia ser interpretado como uma regra geral de “neutralização de accionamento” do TEDH sempre que estivessem em causa decisões da justiça europeia, mas antes que esse juízo de “equivalência da protecção” teria de ser realizado casuisticamente.

*O pedido foi rejeitado pelo TEDH com dois fundamentos: em primeiro lugar por incompetência *ratione personae*, uma vez que o acto em causa tinha sido praticado pela União Europeia e não pela Holanda; e, em segundo lugar, pela razão de o problema em si consubstanciar uma questão fiscal e não uma “civil rights and obligations”, ou seja, estávamos perante uma questão que envolvia o exercício de poderes públicos e, por isso, ficaria fora do alcance da CEDH.*

Trata-se de mais um caso em que é possível observar o “esforço” que algumas empresas hoje desenvolvem no sentido de tentar encontrar “tutela jurisdicional adequada” para as liberdades económicas plasmadas em documentos supranacionais, e que, mais uma vez, demonstra as dificuldades na judicialização das garantias destas liberdades – os tribunais internacionais têm limites funcionais que os Estados vão aproveitando ao sabor das respectivas conveniências em termos de abertura dos mercados.

Acórdão do TEDH no caso Bosphorus v. Irlanda (Proc. 45036/98)

A Bosphorus Hava Yolları Turizm era uma companhia aérea Turca, de voos charter, constituída em Março de 1992, e que em Abril do mesmo ano alugou dois aviões Boeing 737-300 à empresa aérea Yugoslav Airlines

(JAT), pertencente à anterior Jugoslávia, sendo estas as únicas aeronaves com as quais a Bosphorus exercia a respectiva actividade. Esta empresa pagou 1 milhão de dólares por cada aeronave no momento da entrega e um aluguer mensal de 150.000 dólares à JAT. Em Maio a Bosphorus obteve a licença para poder exercer a actividade de aviação comercial.

Recorde-se que, em 1991, as Nações Unidas tinham aprovado um conjunto de sanções contra a Jugoslávia em razão das violações de direitos humanos verificadas naquele país. Entretanto, a TEAM, uma empresa Irlandesa de manutenção de aeronaves, que era propriedade de empresas aéreas de titularidade Irlandesa, foi a empresa escolhida pela Bosphorus para fazer a manutenção das aeronaves. Por essa ocasião surge a dúvida sobre a conformidade da actividade desenvolvida pela Bosphorus, e em Abril de 1993, é aprovado pelo Conselho Europeu um Regulamento que adopta as medidas sancionatórias aplicáveis pela UE à Jugoslávia em cumprimento da Resolução da ONU, no qual se permite o confisco de aeronaves “in which a majority or controlling interest is held by a person or undertaking in or operating from the Federal Republic of Yugoslavia”. O Ministério dos Transportes Turco afirma que as aeronaves alugadas não violavam as sanções impostas à Jugoslávia.

Em Maio de 1993, quando uma das aeronaves aterra em Dublin e se submete a uma operação de manutenção pela TEAM, as autoridades discutem a possibilidade de a aeronave poder ou não continuar a operar após a aprovação das resoluções pelo Comité de Sanções da ONU, acabando a mesma por ficar confiscada naquele aeroporto depois de realizadas as operações de manutenção.

Em recurso interposto pela Bosphorus no High Court com o intuito de recuperar a aeronave, sublinhando que os pagamentos efectuados à JAT eram supervisionados pelo Banco Central da Turquia e que a “ordem de retenção” dada pelo Governo de Dublin era infundada, a companhia aérea conseguiu a revogação da decisão de confisco, mas o Ministério irlandês interpôs recurso para o Supreme Court, que, por seu turno, optou por um reenvio prejudicial para o TJCE no qual perguntava o seguinte: “Is Article 8 of [Regulation (EEC) n.º 990/93] to be construed as applying to an aircraft which is owned by an undertaking the majority or controlling interest in

which is held by [the FRY] where such aircraft has been leased by the owner for a term of four years from 22 April 1992 to an undertaking the majority or controlling interest in which is not held by a person or undertaking in or operating from the said [FRY]?". Questão à qual o TJCE respondeu afirmando que: "Article 8 of Council Regulation (EEC) N.º 990/93 of 26 April 1993 concerning trade between the European Economic Community and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) applies to an aircraft which is owned by an undertaking based in or operating from the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), even though the owner has leased it for four years to another undertaking, neither based in nor operating from that republic and in which no person or undertaking based in or operating from that republic has a majority or controlling interest". Assim, também os recursos interpostos para o Supreme Court não permitiram à Bosphorus recuperar o avião. O processo culminou com o fim do contrato de aluguer da aeronave e respectiva "devolução à JAT".

Nesta sequência, a Bosphorus recorreu para o TEDH alegando violação do art. 1.º do Protocolo n.º 1 (direito de propriedade), mas o tribunal acabou por considerar que essa violação não existia, acatando boa parte dos argumentos que haviam sido invocados pelo Governo Irlandês e pelo TJCE no que respeita à violação das sanções impostas à Jugoslávia.

Acórdão do TEDH no caso Connolly (Proc. 73274/01)

Bernard Connolly era um cidadão inglês, residente em Londres, que à data dos factos trabalhava na Comissão Europeia no desempenho de funções em matérias relacionadas com a política económica e monetária. Em Abril de 1995, solicitou uma licença por conveniência pessoal, para o período de Junho a Outubro de 1995, que lhe foi concedida com efeitos a partir de 2 de Junho de 1995. Durante este tempo escreveu um ensaio intitulado "The Rotten Heart of Europe. The dirty war for Europe's money", o qual foi publicado sem autorização dos superiores hierárquicos e que deu origem a diversas menções em publicações de referência como a revista Financial Times.

Em 6 de Setembro de 1995, Connolly é notificado de que iria ser aberto um procedimento disciplinar por violação de diversas normas do estatuto dos funcionários das instituições europeias, fundamentado, essencialmente,

na circunstância de a publicação apresentada corresponder a uma opinião pessoal do funcionário, dissonante daquela que fizera vencimento na Instituição Europeia e que estava a ser aplicada. No texto publicado, Connolly tecia duras críticas à política prosseguida pelo órgão para o qual trabalhava, tendo causado prejuízos para a imagem da instituição. Após duas audições do visado, o órgão de instrução do procedimento disciplinar decide determinar a sua suspensão com efeito a partir do termo da licença.

Connolly interpõe um primeiro recurso desta medida para o Tribunal de primeira instância da União Europeia. Entretanto, o procedimento disciplinar é concluído e é determinada a pena, da qual ele interpõe novo recurso para o mesmo tribunal. Em 1999, o tribunal indefere os dois pedidos de anulação. Inconformado Connolly interpõe recurso para o TJCE que acaba por rejeitá-lo, invocando a inexistência de qualquer vício nas decisões da primeira instância.

Connolly decide então interpor recurso para o TEDH com fundamento na violação do art. 6.º da CEDH (direito a processo equitativo), alegando violação do direito ao contraditório, e do princípio da imparcialidade, pois, segundo o autor, o TJCE não seria um órgão isento, uma vez que também integra as Instituições Europeias. O TEDH conclui que não era competente *ratio personae* para apreciar o caso, uma vez que a União Europeia (Comunidade Europeia) não era parte na Convenção.

c) As vantagens do *judicial dialogue*

Depois da análise de algumas “deficiências” da protecção de direitos fundamentais perante tribunais internacionais e das dificuldades patentes no “triângulo europeu”, vejamos exemplos onde o recurso ao *judicial dialogue* se revelou essencial para uma correcta aplicação do direito:

State v. Makwanyane and Mchunu - Case CCT/3/94 (Death Penalty)
Constitutional Court of the Republic of South Africa

O Tribunal Constitucional da África do Sul, chamado a pronunciar-se sobre a conformidade constitucional da execução de penas de morte,

afirmou o seguinte: “The Constitution... provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex... It is a transitional constitution but one which itself establishes a new order in South Africa; an order in which human rights and democracy are entrenched and in which the Constitution:... shall be the supreme law of the Republic and any law or act inconsistent with its provisions shall, unless otherwise provided expressly or by necessary implication in this Constitution, be of no force and effect to the extent of the inconsistency”

A questão concreta envolvia a interpretação de legislação anterior à entrada em vigor da Constituição e do início das negociações que conduziram à respectiva aprovação. Nessa tarefa hermenêutica, deverá tomar-se em consideração, segundo o tribunal, o facto de a Constituição ser o resultado de um processo negocial. “The final draft adopted by the forum of the Multi-Party Negotiating Process was, with few changes, adopted by Parliament. The Multi-Party Negotiating Process was advised by technical committees, and the reports of these committees on the drafts are the equivalent of the travaux préparatoires, relied upon by the international tribunals. Such background material can provide a context for the interpretation of the Constitution and, where it serves that purpose, I can see no reason why such evidence should be excluded. The precise nature of the evidence, and the purpose for which it may be tendered, will determine the weight to be given to it.”

Assim, o Tribunal Constitucional da África do Sul concluiu que a interpretação das normas deveria tomar em consideração a jurisprudência dos Tribunais que haviam contribuído na preparação do texto da Constituição, entre os quais se destacavam os do Canadá e Estados Unidos da América, mas no texto da decisão são também convocados o TEDH, assim como a jurisprudência alemã em matéria de restrição de direitos, acabando o tribunal por concluir o seguinte:

“In terms of section 98(7) of the Constitution, and with effect from the date of this order:

a. the State is and all its organs are forbidden to execute any person already sentenced to death under any of the provisions thus declared to be invalid; and

b. all such persons will remain in custody under the sentences imposed on them, until such sentences have been set aside in accordance with law and substituted by lawful punishments”

A decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul é paradigmática, na medida em que este é um dos ordenamentos jurídicos que consagra de forma expressa o recurso ao direito constitucional comprado, constituindo um parâmetro essencial da *pós-modernidade* jusfundamental.

*Supreme Court of the United States Graham v Florida - N.º 08-7412
Argued November 9, 2009 — Decided May 17, 2010*

Graham tinha 16 anos quando cometeu dois crimes e foi sentenciado após plea agreement a um período de probation, tendo saído em liberdade decorrido um ano desde que havia sido detido. Mais tarde verificou-se que havia violado as obrigações do período de probation e praticado novas infrações, tendo vindo a ser sentenciado com pena de prisão perpétua, que não admitia sequer liberdade condicional.

O autor recorreu da decisão ao abrigo da Eighth Amendment, que repousa essencialmente sobre um juízo de proporcionalidade quando se afirma que: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” “To determine whether a punishment is cruel and unusual, courts must look beyond historical conceptions to ‘the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society’ ”.

O Supreme Court acabou por decidir da seguinte forma: “The Constitution prohibits the imposition of a life without parole sentence on a juvenile offender who did not commit homicide. A State need not guarantee the offender eventual release, but if it imposes a sentence of life it must provide him or her with some realistic opportunity to obtain release before the end of that term”

Todavia, mais importante do que a decisão a que o Tribunal chegou, é analisar a argumentação expandida na fundamentação, onde se percebe

que nem os diversos estudos sobre a criminalidade em jovens, nem os precedentes importantes sobre crimes cometidos por menores foram tão determinantes na formação da decisão como a convocação dos *standards internacionais* em matéria de punição de adoscentes por crimes que não envolvam homicídio. Com efeito, o Tribunal afirma na sua decisão que nenhuma convenção internacional vincula os Estados Unidos a não aplicar penas de prisão perpétua a jovens, mas a *living constitution*, que hoje é necessariamente uma *dialogue constitution*, impõe esse resultado.

Ac. n.º 421/2009 – Tribunal Constitucional Português (a venda forçada no regime jurídico da reabilitação urbana)

O Tribunal Constitucional português foi chamado a pronunciar-se (em fiscalização preventiva) sobre a conformidade constitucional de uma norma que habilitava o Governo a aprovar um regime de venda forçada para os imóveis que não fossem objecto de reabilitação urbana pelos respectivos proprietários, tendo o tribunal concluído pela não violação do direito de propriedade. Mas o essencial deste acórdão é a fundamentação utilizada, onde se pode ler o seguinte: «Assim, e apesar de a redacção literal do preceito constitucional não conter, como é frequente em direito comparado, uma referência expressa às funções que a lei ordinária desempenha enquanto instrumento de modelação do conteúdo e limites da “propriedade”, em ordem a assegurar a conformação do seu exercício com outros bens e valores constitucionalmente protegidos, a verdade é que essa remissão para a lei se deve considerar implícita na “ordem de regulação” que é endereçada ao legislador na parte final do n.º 1 do artigo 62.º, e que o vincula a definir a ordem da propriedade nos termos da Constituição. Tal vinculação não será, portanto, substancialmente diversa da contida, por exemplo, no artigo 33.º da Constituição espanhola (“É reconhecido o direito à propriedade privada (...). A função social desse direito limita o seu conteúdo, em conformidade com as leis.”); no artigo 42.º da Constituição italiana (“A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina o seu modo de aquisição, gozo e limites com o fim de assegurar a [sua] função social (...).”); no artigo 14.º da Lei Fundamental de Bona (“A propriedade e o direito à herança são garantidos. O seu conteúdo e

limites são estabelecidos pela lei (...). O seu uso deve servir ao mesmo tempo os bens colectivos”. Embora a Constituição lbe não faça uma referência textual, existirá portanto, e também entre nós, uma cláusula legal da conformação social da propriedade, a que aliás terá aludido desde sempre a jurisprudência constitucional».

Neste último caso registamos, com especial apreço, o facto de o recurso (a abertura) a elementos de direito comparado ter sido essencial para permitir uma correcta interpretação do preceito da lei fundamental que protege o direito de propriedade (no caso em ponderação com medidas de promoção de outros bens constitucionalmente protegidos como o direito à habitação) e “salvar” a norma de uma inconstitucionalidade quase certa caso o horizonte interpretativo do tribunal se tivesse cingido ao conteúdo essencial do preceito e à jurisprudência anteriormente fixada.

PARTE II

DIREITOS SOCIAIS E MERCADO

A *arena global* não é apenas a arena da internormatividade, é também a arena do mercado e da globalização económica, fenómenos que influenciaram de forma determinante uma *nova arrumação da questão social*. Os autores discutem hoje problemas novos como a *sustentabilidade financeira dos Estados*, a *justiça intergeracional* e a *intervenção económico-social*. A linguagem económica colonizou as tarefas estaduais do *bem-estar*, discutindo-se a *economia*, a *eficiência* e a *eficácia* dos instrumentos adoptados, em vez da igualdade e da universalidade dos direitos, mostrando confiança nas indicações de prosperidade e crescimento oriundas da “nova economia” e com isso na possibilidade de os privados produzirem *bens de mérito* e *bens acessíveis*, libertando o Estado da produção de *bens públicos e semipúblicos*.

Os defensores do modelo procuram demonstrar que um mercado regulado é mais eficiente que uma estrutura burocrática, e discutem-se os problemas da *solidariedade intergeracional* decorrente de fenómenos demográficos e do aumento da esperança média de vida, ao mesmo tempo que se proíbe constitucionalmente o endividamento das gerações futuras, e se incentivam os agentes económicos e os privados a procurar nos mercados e nas suas dinâmicas prósperas os bens e serviços de que necessitam para o exercício das respectivas actividades e para uma existência condigna.

O que se discute hoje não é apenas o problema do modelo económico subjacente à prestação dos serviços sociais influenciado por ou inflamado contra as correntes neoliberais – em especial pela ideia difundida por *Hayek* de que a “justiça social” caracterizadora da cultura ocidental constitui um

prejuízo de natureza tribal (Atienza, *apud* Carbonell/Jaramillo, 2010, pp. 273) –, mas sim uma questão derradeira: a da incapacidade financeira do Estado para sustentar o actual sistema legal que substantifica o modelo de Estado Social pretensamente consagrado na nossa Constituição. Não se trata, portanto, de uma questão ideológica, como a que se discutia no advento do *Blairismo*, quando foram adoptadas em diversos países reformas estruturais da *Administração de Bem-Estar* ditadas pelo *princípio da eficiência*, mas sim da verificação da impossibilidade efectiva de manter o actual estado da arte em matéria de socialidade. Assim, a proposta para esta segunda parte do curso baseia-se no seguinte roteiro: I – diagnósticos para uma reforma necessária e urgente; II – os postulados da realidade que finda e a insustentabilidade dos seus princípios informadores; III - pista para a reconstrução dogmática da socialidade no “pós-direitos adquiridos”; IV – a aplicação da nova dogmática em um pressuposto de “reabilitação da socialidade”.

I – Diagnósticos para uma reforma necessária e urgente

Embora a questão que vamos discutir não se atenha aos aspectos ideológicos e axiológicos que hoje são agitados com vigor por quem defende e por quem crítica o modelo legal vigente de Estado Social, não podemos deixar de fazer uma referência brevíssima ao contexto em que o Estado Social foi instituído nos regimes democráticos, no qual era impossível não “tropeçar” com estes pressupostos ideológicos de base.

Como a doutrina nos relata, a origem da expressão *welfare State* deve-se a um estudioso alemão das ciências financeiras, *Adolph Wagner*, que já em 1879 se referia a ela nas suas lições, e que certamente terá influenciado o modelo da *Constituição de Weimar*, tida como a resposta social dos Estados de direito democráticos à *Declaração de Direitos* da Revolução Russa de 1918 (Ritter, 2007, pp. 111 e Novais, 2010, pp. 17ss). Todavia, o conceito foi depois utilizado pelo governo de *Papen*, em 1932, primeiro no sentido originário de promoção socialista de um Estado de bem-estar, e depois como sinónimo do marxista Estado assistencial (Ritter, 2007, pp. 10). Mas foi na Grã-Bretanha que a expressão veio a ser utilizada pela primeira vez, em

1900, como sinónimo do que hoje entendemos por *políticas sociais*, quando *John Hobson* se referia aos conceitos de *welfare work* e *social work* para designar a intervenção estadual nas condições de trabalho dos operários (Ritter, 2007, pp. 11). É aliás o contexto da revolução industrial o fenómeno inspirador do advento do Estado Social, que para alguns é identificado com as reformas legislativas britânicas da segurança social promovidas por *William Beveridge* em 1942 (Ritter, pp. 12).

No domínio da protecção social (integrando o domínio da saúde e da segurança social propriamente ditas) destacam-se, historicamente, dois modelos e duas fontes de inspiração de sistemas de protecção social actual: o *bismarckiano* de seguros-sociais (surge na Alemanha, em finais do séc. XIX), constituído sobre uma responsabilidade individual e das empresas; e o *beveridgiano* (surge em Inglaterra, na segunda metade do séc. XX) de serviços públicos de acesso universal financiados pelo Estado a partir de impostos (Loureiro, 2010/Martins, 2010, pp. 226ss.)

A brevíssima alusão ao contexto histórico do surgimento do conceito de Estado Social é essencial apenas para nos permitir concluir o seguinte: o Estado Social é um conceito intimamente associado à economia e às finanças públicas. A sua evolução ficou a dever-se ao robustecimento das preocupações político-sociais (contestação do “darwinismo económico” norte-americano de inspiração *hobbesiana*), mas a História recente mostra que apenas o desenvolvimento económico das Nações permite sustentar um sistema de prestações sociais financiado (total ou primacialmente) pelo Estado a partir de impostos. Não estranha por isso que *Habermas* se refira ao *fim do compromisso social do Estado* em razão da escassez de recursos financeiros estaduais e da mudança de paradigma da socialidade imposta pela OCDE. Em suma, um Estado que não governa soberanamente a economia é um Estado que não se pode comprometer com a realização da socialidade em termos concretos, designadamente através de prestações determinadas e irreversíveis (Habermas, 1998, pp. 79).

E é este o diagnóstico inicial do problema: a mudança de paradigma económico é acompanhada de uma mudança de paradigma da socialidade. Os princípios da socialidade gizados no contexto de uma economia intervencionada caducam com a mudança de paradigma económico e torna-se

necessário encontrar rapidamente os novos princípios jurídicos que hão-de reger esta matéria, sob pena de as entidades judiciárias começarem a actuar como elementos de perturbação. Guiadas pelos princípios do modelo económico anterior, elas não só impedem a consolidação do novo modelo, como ainda ocasionam novos problemas (“garantismo desigualitário”, irracionalidade na alocação de recurso públicos, manutenção de sistemas de benefícios insustentáveis), contribuindo, a seu modo, para o problema do endividamento das gerações futuras e para a crescente desigualdade na redistribuição do rendimento. Começemos, então, pela análise das mudanças do paradigma económico e da estadualidade.

O *Estado Social* não é apenas um produto financiero do Estado fiscal, ele está também intimamente associado à forma de intervenção do poder público na economia. Independentemente dos pressupostos axiológicos subjacentes à sua construção, a verdade é que foi necessário o Estado chamar a si o “governo económico”, primeiro por necessidades decorrentes da guerra (economia militarizada) e depois como instrumento de reconstrução das estruturas na fase pós-guerra (influência do *Keynesianismo*), para conseguir produzir níveis de bem-estar universal – incluindo não só prestações sociais, mas também serviços de interesse geral, fundamentais para o desenvolvimento económico e para a garantia de uma qualidade de vida condigna – que o Estado Liberal não se revelara capaz de criar. E é bom sublinhar que pese embora os méritos e deméritos que possam ser imputados a cada modelo, o que verificamos hoje é que as dificuldades que os países europeus enfrentam são fruto de um prolongado período de paz e prosperidade, no qual se tem revelado difícil articular de forma eficiente os *aquis* da modernidade: democracia política, economia privada e bem-estar social universal.

No ponto em que actualmente nos encontramos agitam-se diversos tipos de diagnósticos para o problema.

Para uns falhou o Estado Social, não em si, mas uma determinada concepção de Estado Social assente na ideia de que o Estado teria como missão ou tarefa constitucional a *eliminação das desigualdades sociais*, sabendo-se hoje que esta não pode ser uma tarefa estadual constitucional (Axez, 2009, pp. 177ss; e Davy, 2009, pp. 122ss). Segundos os autores, não devemos

transpor para o discurso constitucional um conceito que é sociológico: cabe a um ordenamento jurídico produzir o igualitarismo? Hoje todos os autores modernos e pós-modernos defenderão que não, que a igualdade social não é uma tarefa estadual, ela é apenas um *objectivo da actuação* do poder público, designadamente das *políticas públicas* de fomento da coesão social, às quais apenas se impõe que garantam a *igualdade de oportunidades no acesso aos bens sociais assentes em serviços* (educação, saúde e segurança social).

Ora, sendo remetida para um contexto de políticas públicas, a socialidade enquanto garantia individual não pode integrar o nível constitucional, ela constitui uma tarefa constitucional fundamental, mas num contexto de realização escolhido pelos poderes públicos (Brenner, 2010, pp. 876) e não como direito subjectivo consagrado na Constituição. Isto significa que o Estado não tem de garantir estes direitos a partir de serviços públicos (trata-se de uma opção política e não constitucional), podendo limitar-se a garantir que eles são efectivamente prestados a partir do mercado e nos termos em que este os possa assegurar segundo um funcionamento eficiente (Heinig, 2008). A intervenção directa do Estado perante posições jurídico-subjectivas individuais por imposição constitucional limita-se neste contexto às situações extremas (*pobreza*), no âmbito da *garantia do mínimo* para uma *existência condigna* (Vieira de Andrade, 2004 e Heinig, 2008).

A jurisprudência não tem sido unânime na definição de um conceito de *mínimo para uma existência condigna* e na conformação do “dever de prestar” que pode ser imputado ao Estado nesta matéria, como veremos pela referência a dois acórdãos:

Case Study XV – O “mínimo de existência condigna” – Tribunal Constitucional alemão (Proc. BvL 1/09, de 09.02.2010)

Precedentes: Em Janeiro de 2004 entrou em vigor o Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Hartz IV) onde se encontravam previstas algumas medidas de apoio económico aos desempregados de longa duração (Arbeitslosenhilfe), os quais estavam também associados ao benefício assistencial estabelecidos no Sozialgesetzbuch Zweites Buch

– SGB II a pessoas em situação de reinserção no mercado de trabalho e respectivos dependentes “não empregáveis” que com eles convivessem.

De acordo com a lei, estes benefícios corresponderiam a uma prestação para assegurar a vida de cada um somada de uma prestação que se destinava a alimentação e habitação. O diploma que fixou os valores estabeleceu que cada residente na Alemanha de Leste (incluindo Berlim Oriental) receberia €345, sendo as restantes prestações calculadas a partir deste valor. As prestações correspondiam a benefícios lump sum (per capita) não podendo ser ajustados a eventuais necessidades especiais que entretanto sobreviessem.

O tribunal constitucional alemão considerou que estes benefícios violavam o disposto nos arts. 1.º e 20.º da GG – garantia do mínimo de subsistência – por não estarem ajustados a uma existência condigna. No essencial, o tribunal afirmou que a garantia do mínimo de existência deve assegurar a cada pessoa necessitada as condições materiais mínimas indispensáveis para a sua existência física e para a sua participação na vida social, cultural e política e que os métodos utilizados no cálculo das prestações não respeitavam este parâmetro, limitando-se a assegurar a existência física. O tribunal aduziu ainda o facto de o sistema não admitir sequer a possibilidade de outorga de uma prestação extraordinária para fazer face a problemas inesperados (ex. de saúde).

Case Study XVI – Tribunal Constitucional português (Ac. 509/02, de 09.02.2010)

Precedentes: O Presidente da República requereu a apreciação da constitucionalidade da norma que procedia à revogação do rendimento mínimo garantido, previsto na Lei n.º 19-A/96, substituindo-o pelo rendimento social de inserção, o qual apenas seria garantido às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos.

O TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma, considerando que a mesma violava o direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente dos arts. 1.º, 2.º e 63.º/1 e 3 da CRP. Sublinhe-se que esta decisão contou com diversos votos de vencido que não acompanham o sentido da decisão,

pondo sobretudo em causa o facto de os jovens entre os 18 e os 25 anos deverem ser abrangidos por aquela prestação.

105

Para outros falhou a excessiva adjectivação do Estado, que acabou por matar a sua essência. Ao procurar afirmar-se em diversas arenas o Estado foi ganhando qualificativos – na arena nacional prometeu subordinar-se ao direito e à vontade popular, na arena económica procurou ser social, na arena internacional procurou ser cosmopolita (aberto), para ser cosmopolita, prometeu na arena global ser liberal na economia, e de volta à arena nacional prometeu ser regulador para garantir o bem-estar conquistado, e prometeu ainda ser cooperativo na garantia da paz mundial e transparente e comunicativo e responsável pelos seus actos, etc. O resultado foi um excesso de promessas, e com o peso destes adjectivos o Estado perdeu força no dealbar no séc. XXI, aproximando-se perigosamente de uma mera construção jurídica, em erosão (Cassese, 2001) sem um referente material de comunidade para promover (Möllers, 2000). Ele é hoje apenas “mais um sujeito de poder entre iguais” no quadro de crescentes federalismo (municípios, instituições internacionais, partidos políticos, sindicatos), tendo como distintivo conseguir ainda constituir o ponto de encontro entre eles (Cassese, 2008, pp. 46).

Para outros ainda falhou o modelo financeiro centrado no Estado Fiscal na medida em que conduziu à asfixia financeira do Estado. O Estado Fiscal que *Schumpeter* aclamou em 1918 era um Estado que obtinha os recursos financeiros necessário para sustentar os custos da realização das suas tarefas a partir do seu poder (poder tributário), mas era também um Estado com finanças simples, onde tudo assentava na aprovação de um orçamento de Estado equilibrado e cumprido escrupulosamente (Gröpl, 2006). Ora, este sistema financeiro fundava-se numa economia nacional e, por isso, foi obrigado a modificar-se quando na segunda metade do século passado se deu a transição para uma economia mundial. O *sistema fiscal* erigido sob a influência do modelo OCDE – impostos sobre o rendimento pessoal e empresarial, sobre as transacções, sobre o consumo de alguns produtos especiais e as contribuições para a segurança social – pressupõe um sistema económico fechado, no qual o rendimento mundial é idêntico à soma dos

rendimentos nacionais, com a vantagem de que o alargamento dos mercados trará maior produtividade e riqueza.

Mas estes pressupostos acabam por não se verificar. A culpa é então imputada à heterogeneidade dos sistemas fiscais dos Estados potenciadora de fenómenos perversos – concorrência fiscal danosa entre Estados e elisão fiscal internacional (mercados financeiros *offshore*) – responsáveis pela perda dos níveis da receita pública. E o problema arrastou-se, pois só mais tarde foram instituídos mecanismos paliativos ao nível do *direito fiscal internacional*, que pretendiam inverter o ciclo e construir uma cooperação internacional no domínio fiscal. Problema ao qual se haveriam de somar as “constricções jusfundamentais” no combate à *elisão fiscal abusiva* (Saldanha Sanches, 2010). Mas nem mesmo as recomendações e as convenções-modelo da OCDE permitiram recuperar os sistemas e neutralizar as *térmitas fiscais* (Tanzi, 2001), e a verdade é que o Estado Fiscal se encontra hoje limitado a um corredor estreito (Genschel /Uhl, 2006, pp. 117) e tenta reinventar-se e sustentar-se a partir do alargamento das categorias tributárias (Casalta Nabais/Tavares da Silva, 2010).

Para outros ainda, eventualmente a maioria dominante, nada falhou, falta é apenas ajustar as categorias jurídicas (o Estado Fiscal, os direitos sociais, a igualdade, as tarefas estaduais, etc.) às novas condicionantes. Para estes autores, o cenário de caos traçado por alguns mais não é do que ruído que impede a reconstrução e renovação do sistema jurídico no novo contexto, onde o *diálogo com as estruturas sociais* constitui o alicerce fundamental. Independentemente dos rumos que o novo modelo possa tomar, o que é fundamental reter neste momento é a falta de legitimidade de um discurso centrado exclusivamente nas categorias e nos institutos tradicionais dos direitos económicos, sociais e culturais, mormente, na proibição do retrocesso social e na “reserva do possível”.

Não se trata de discutir novamente se estamos perante normas programáticas ou dotadas de eficácia jurídica plena (Bandeira de Melo, 2009). Sabemos hoje que são normas jurídicas que vinculam o Estado, mas sabemos também que o Estado não é um milagreiro e que a petrificação dos direitos sociais (*princípio da proibição do retrocesso social*) ou outras teorias aparentemente mais garantísticas dos direitos subjectivos dos indivíduos

(Novais, 2010) podem constituir um fenómeno de injustiça social ainda maior do que a revogação pura e simples de alguns direitos consagrados em lei, na medida em que alguém terá de suportar a despesa (Nabais, 2008). Atentemos, por exemplo, nos resultados preocupantes do desempenho económico e financeiro dos Estados, que não conseguem sustentar as suas necessidades financeiras e recorrem ao endividamento externo, instituindo facturas pesadas para as novas gerações (Möstl, *in* Kahl, 2008)

II – Os postulados do sistema que finda

A nossa análise do problema da (in)sustentabilidade do modelo vigente tem de partir dos postulados actuais da socialidade vertidos no texto da C.R.P. São eles: construção de uma *democracia, económica, social e cultural* como tarefa estadual; a realização da socialidade através de tarefas cometidas a órgãos de entidades públicas (afasta-se o *princípio da subsidiariedade horizontal*); a aposição de limites ao poder de conformação legislativa (o «*se*» da socialidade não é opção) em matéria de realização da igualdade social; reconhecimento de um princípio da proibição do retrocesso social.

a) A construção de uma democracia económica, social e cultural

A doutrina nacional reconhece o *princípio da democracia económica e social* como um *princípio obrigatório de interpretação conforme* que guia toda a actividade pública em matéria de socialidade, orientando-a contra “uma ideia de capitalismo liberal”, que ganha concretização na consagração concreta de direitos sociais garantidores de condições mínimas de existência, as quais serão de acesso universal (Canotilho, 2003, pp. 341ss). Esta leitura dos direitos sociais no quadro de um *Estado de direito económico e social* (os direitos sociais como garantias mínimas de uma igualdade social que deve ser assegurada pelo Estado, embora reservando ao legislador a primeira palavra na construção dessa igualdade) é mais tarde reforçada pela doutrina que propõe “uma dogmática unitária de direitos fundamentais” e que

entende os direitos sociais também como “limite jurídico-constitucional à actuação dos poderes públicos”, exteriorizando-se na “retirada da sua plena disponibilidade decisória do poder político democrático” e na respectiva “garantia a partir do poder judicial” (Reis Novais, 2010, pp. 251ss).

É logo aqui que começam as nossas dúvidas. O que significa hoje a construção de uma *democracia económica e social*? Percebemos, com a falência do modelo de economia socialista, que perdeu sentido a legitimação de um sistema público exclusivo de redistribuição equitativa do rendimento e da riqueza, pois todas as experiências deste modelo mostraram que a “mão pública” não conseguia produzir desenvolvimento económico nem social, pelo que rapidamente se esgotava a sua capacidade redistributiva, que degeneraria em uma generalização da miséria – antes de redistribuir é necessário produzir (!).

É hoje um dado adquirido que os *sistemas económicos dinâmicos, i. e.*, os que geram progresso social, assentam no dinamismo das liberdades económicas, que actuam disciplinadas pela regulação pública sectorial e num quadro compromissório de económica global. E neste contexto aprendemos muito com o aperfeiçoamento das teorias económicas, sobretudo com a “domesticação” da macroeconomia através de casos de estudo muito interessantes (Japão, Irlanda), e com o desenvolvimento das teorias sociológicas, que são essenciais para a interpretação do papel da Sociedade no novo contexto.

É com base nestes postulados, que acolhemos com interesse a proposta da recuperação e reinterpretção do conceito de *Estado Social* apresentado por *Lorenz von Stein* no séc. XIX: ao Estado cabe a *administração do progresso social* (Döhmman, *Vefassungstheorie*, 2010). Na verdade, este é, segundo os autores, o “grau adequado” do compromisso que a esfera pública pode garantir com a *socialidade* (uma realidade que aparece aqui diferenciada da *solidariedade*), e quando *Stein* defendia na segunda metade do séc. XIX que a melhoria das condições de vida das classes mais baixas era um *interesse geral*, na medida em que “prevenia” os processos não controlados através dos quais eles acabariam por tentar ascender socialmente, era a um *Estado Social Regulador* que se referia e não a um Estado Socialista. Naquele tempo, como hoje, foi apenas a *gestão da incerteza* que o Estado assumiu como tarefa perante o *risco* de que a Sociedade não dispusesse

dos mecanismos adequados para o efeito – embora no séc. XIX fosse o operariado e no séc. XXI seja o capitalismo financeiro, a verdade é que a “intervenção estadual de direcção” em ambos casos tem pressuposto o mesmo princípio: *too big to fall*.

Não pretendemos com esta afirmação dizer que a *democracia económica e social* se deva reduzir nos nossos dias à conformação das políticas públicas económicas de acordo com o contributo das correntes do utilitarismo (*Stuart Mill, Bentham*), guiando a decisão pública segundo a optimização do bem-estar, tal como ele é apreendido pelo destinatário das medidas. Pelo contrário, é nossa convicção que o *Estado Social* se apresenta um *aliud* na relação entre a Sociedade e Estado (Döhmman, *Vefassungstheorie*, 2010), na medida em que *não reproduz* neste campo a relação que existe no domínio das relações tradicionais de soberania (o Estado Social não dispensa ao cidadão um tratamento idêntico àquele que lhe confere no âmbito das funções de segurança), e também *não substitui* as relações de solidariedade que existem e pré-existem entre os cidadãos e entre eles e outras organizações, designadamente o terceiro sector, ele apresenta-se antes como *um outro* que regula as condições de existência dos cidadãos, sem se substituir às estruturas sociais e sem obedecer a um caderno de tarefas pré-estabelecidas em lei fundamental.

No essencial não procuramos actualmente recriar as discussões sobre o “Estado mínimo” e o “Estado máximo”, mas antes recortar dogmaticamente as tarefas estaduais nesta colocação do Estado entre os restantes actores sociais. Por outras palavras, não se trata de discutir se o Estado deve intervir (*step in*) nas relações económico-sociais ou se se deve limitar a uma intervenção mínima ou mesmo, *in extremis*, abster-se nesse território (*step out*), procuramos antes traçar os pressupostos da sua intervenção reguladora e garantidora do bem-estar social, do acesso a bens e serviços essenciais, do acesso a condições materiais para uma existência condigna e da igualdade de oportunidades em matéria de progresso social.

A tensão, a nosso ver, localiza-se entre a *regulação* e a *democracia*. Não pelo facto de a primeira neutralizar a segunda (também não pretendemos recriar aqui a discussão sobre a “(i)legitimidade do governo de sábios”), mas porque o *tónus* central se desloca da legitimação das medidas interventivas

(esse é um dado adquirido do Estado Social) para o controlo e a fundamentação dessas medidas. A *juridicidade dos três E's triunfa sobre a juridicidade democrática* quando a obriga a fundamentar as suas escolhas no princípio da sustentabilidade.

Facto que se torna particularmente notório na relação entre direito financeiro (em especial no segmento do direito fiscal) e Estado Social, onde o controlo do princípio da legalidade fiscal perdeu terreno para o *princípio da eficiência do sistema financeiro*: a despesa fiscal deixa de se articular com a receita fiscal e passa a reger-se por normas internacionais que defendem a concorrência e os mercados, o Estado Social deixa de ser um motor da igualdade social a partir da produção de serviços públicos e passa a gerir a desigualdade social dentro das regras formais e informais que disciplinam o quadro do desenvolvimento económico-social actual (a gestão das assimetrias informativas nos mercados e a construção de fundos de estabilização tarifária constituem bons exemplos do que acabamos de dizer).

Para recortar racionalmente o conteúdo material e funcional deste *Estado Social Regulador* (núcleo essencial do *Estado Garantidor*) é importante começar por tentar estabelecer uma distinção entre Estado Social, Estado de Bem-Estar e Estado de serviços públicos.

Na segunda metade do séc. xx falar em *Estado Social e Estado de bem-estar* era praticamente estar a utilizar sinónimos, na medida em que o Estado se relacionava com a Sociedade através da prestação de serviços públicos que procuravam garantir o bem-estar social de forma universal, independentemente da condição económica dos destinatários. A reconstrução económica do pós-guerra impôs um “vácuo de autoridade do Estado” que a doutrina assinala com clarividência:

se depois da primeira grande guerra a sociedade aparece, em razão do conflito, esfacelada e incapaz de se organizar, e forças destruidoras vão abrir as portas a uma afirmação da autoridade do Estado (...) depois da segunda grande guerra o ser social não é mais primariamente uma extracção do Estado, mas é posto de pé pela capacidade estabilizadora da sociedade (Rogério Soares, 2008, pp. 107).

É certo que para alguns a promoção do bem-estar seria sinónimo de serviços públicos e prestações públicas, mas a dinâmica social mostrou que não era assim, que a eficiência dispensava o Estado de prestar, mas não o dispensava de regular, e sobretudo não o dispensava de gerir riscos. Hoje o *Estado de bem-estar* apresenta-se como uma realidade intrincada e cooperativa, mas dominante, que garante através de procedimentos complexos a produção de soluções cruciais para o mínimo de segurança na sociedade de risco, como acontece com o controlo da segurança dos alimentos, dos produtos químicos, etc. Só o Estado dispõe das estruturas e dos meios para desempenhar esta função, apesar de cada vez carrear menos elementos para estas decisões, reservando-se um papel infra-estruturante de construção de procedimentos geradores de decisões, e actuando muitas vezes como um Estado paternalista, que informalmente dá conselhos informações, avisos, recomendações, etc.

Também a relação entre Estado Social e Estado de serviços se alterou profundamente. O Estado deixou de prestar serviços económicos e remeteu-os para mercados regulados, onde ainda mantém a sua influência como activador e incentivador dos agentes económicos, embora o faça no respeito pelo modelo económico do mercado concorrencial (Krajewski, 2011). E neste “território” ele continua a assegurar os fins que justificam o interesse público destes bens e serviços e a necessidade de regulação dos mercados para promover a eficiência, ao mesmo tempo que complementa esta tarefa com a garantia da socialidade através da imposição de obrigações de serviço público – o serviço não é público, mas o interesse público atinente ao serviço ou à garantia do fornecimento do bem justificam e legitimam a intervenção pública que assegura o fornecimento do mesmo.

Em alguns casos optou mesmo por manter-se como agente económico ao abrigo do princípio europeu da neutralidade em matéria de titularidade dos meios de produção. Uma opção que não deixa de apresentar traços de esquizofrenia quando o agente económico luta na arena do mercado para produzir riqueza para o accionista em vez de aproveitar “o seu camuflado” para dirigir os restantes agentes económicos para a prossecução do interesse geral, o que para alguns explica a razoabilidade de uma regulação pública para empresas de capital público que exploram infra-estruturas públicas, mas

para nós constitui uma solução de duvidosa utilidade e eficiência quando não estamos perante mercados concorrenciais – cabe não esquecer que o *homo oeconomicus* pode orientar o seu comportamento para a obtenção de outros objectivos determinados que não o lucro, como é típico dos *mercados públicos* em que a finalidade da sua actuação é o bem-estar geral, e neste caso os postulados da regulação são necessariamente diferentes.

Quer isto dizer, em resumo, que os conceitos de Estado Social, Estado de bem-estar e Estado e serviços são hoje distintos, mas complementares, continuando todos eles a revelar que o conceito de Estado Social é um lugar-comum onde confluem realidades distintas legitimadoras da intervenção pública nas áreas económica e social. O Estado Social existe para cuidar dos interesses dos cidadãos, embora a forma dessa intervenção se tenha alterado substancialmente com a mudança do paradigma económico. Mas existe também uma mudança de paradigma da Política, na medida em que o Estado Social deixa de ser um território de afirmação de ideologias políticas e passa a constituir, na sua reconstrução pragmática fortemente arreigada a um neoconstitucionalismo sustentável, um núcleo de tarefas públicas consentâneas com o desenvolvimento económico-social vigente.

E se pensarmos na agonia do Estado Fiscal faz algum sentido afirmar que “a cada um caberá a quota de socialidade que a sua comunidade conseguir efectivar, também com o seu contributo”. Esta verificação tem a sua expressão também no regime jurídico dos direitos: os direitos sociais passam a acompanhar o regime jurídico das novas gerações de direitos económicos e sociais, como é o caso do direito ao ambiente, cujo financiamento é hoje em grande medida alcançado através de expedientes novos não fiscais, uma vez que a fiscalidade ambiental se apresenta maioritariamente colonizada por falsos tributos ambientais, muitos de duvidosa conformidade com os mais elementares princípios da constituição fiscal (a tributação a pretexto do ambiente).

Nesta conformidade, o Estado Social, como o Estado Ambiental, não pode ser entendido como um “conceito constitucional”. Tal como o Estado Ambiental assenta em um pressuposto dinâmico, mutável e evolutivo (o conhecimento científico) perante o qual uma comunidade apenas pode assumir um compromisso de fim, mas não de resultado, também o Estado Social

se apoia em uma realidade dinâmica e inconstante como é a economia, inviabilizando quaisquer construções aquisitivas (o que não significa, como veremos, que o Estado Social perca o seu carácter de apoio institucionalizado em situações de incerteza, *garantido* pelo poder público).

Se é impensável juridicamente normativizar técnicas ou até procedimentos de prevenção e valorização ambiental pelo receio de que a sua cristalização em lei fundamental se torne obsuleta e desajustada, criando o risco de que a sua defesa por elementos externos ao processo de decisão, apenas mandatados para defender a efectividade normativa dos preceitos fundamentais, se transmutem em agentes agressores do ambiente, também o Estado Social tem de ser analisado sob esta perspectiva, pois a “defesa de privilégios e conquistas sociais” por agentes que não dominem a variável económica quando a comunidade em um determinado momento histórico os não consiga suportar financeiramente, porque o patamar de desenvolvimento económico não produz rendimento suficiente para o efeito, corre o risco de se transmutar num sistema social que compromete justiça, igualdade, soberanias e gerações futuras.

Por isso, muitos autores mostram que ao “princípio da democracia económica, social e cultural como princípio organizatório”, que regeu o sistema económico português durante o período da economia nacional, sucedeu o princípio do Estado Social regulador como princípio funcional, integrado no contexto de uma interpretação do Estado Social em conformidade com o modelo económico-social europeu e da globalização económica (Lepsius, 2010, pp. 161ss).

b) A realização da socialidade por entidades públicas

O segundo postulado clássico da modernidade que é posto em crise na reconstrução pragmática do Estado Social radica na socialidade associada ao *serviço público*.

E, neste ponto, devemos começar por fazer uma distinção importante a partir da origem dos conceitos: 1) de um lado, o *serviço público* como categoria administrativa, aplicada à qualificação de um regime especial de

funcionamento de certas actividades consideradas essenciais para o “normal funcionamento da vida em comunidade” (motivo do regime jurídico assente nos princípios da acessibilidade, universalidade, continuidade e qualidade), que apenas vieram a ser associadas à titularidade pública das mesmas por influência da matriz francesa do *service public* de Duguit; e, 2) em segundo lugar, o *serviço público* como categoria constitucional, que está na origem do conceito de Estado Social alemão, cuja matriz se recorta a partir de *Forsthoff* como uma especial ligação entre o direito constitucional e o direito administrativo, pelo qual este último era interpretado como uma execução dos preceitos constitucionais a partir da actividade legislativa e administrativa em conformidade com os princípios fundamentais.

No essencial, o que é importante reter destas duas propostas é o facto de nenhuma delas, na sua origem, consubstanciar um conteúdo material inerente a tarefas estaduais. Pelo contrário, *Forsthoff* negava qualquer conteúdo normativo fundamental ao conceito de Estado Social (*apud* Heinig, 2008, pp. 22ss).

A partir destes dados, compreendemos que a “carga ideológica justaposta à expressão” e que deu origem entre nós aos monopólios públicos dos serviços de saúde, ensino e segurança social, é fruto das lutas ideológicas dos anos 60 e 70, assim como a sua contestação é o resultado das correntes economicistas originárias dos anos 80 e 90. Pela nossa parte, alinhamos apenas com aqueles que tentam apreender os resultados positivos e negativos de todas estas propostas e modelos (o progresso social proporcionado pelo aumento do nível de bem-estar social, a insustentabilidade financeira da expansão do modelo) e procuram uma “reconstrução pragmática do Estado Social” (Heinig, 2008) que permita que o mesmo continue a cumprir a sua função reguladora da economia-social de mercado.

Pede-se ao Estado neste novo enquadramento que *garanta* a socialidade a partir do direito e da regulação das actividades económicas e económico-sociais, deixando cair o dogma da igualdade social a partir de serviços de titularidade pública sustentados financeiramente com verbas do Orçamento do Estado. No essencial, pretende-se pôr à prova a manutenção da socialidade na *terceira via* que resulta da transição de um Estado prestador universal para formas enérgicas de “Estado activador”, estribado em formas

de “ajuda para a autoajuda” (Loureiro, 2010, pp. 96). Neste contexto, será interessante analisar no ponto seguinte os novos institutos do Estado Social e as suas formas de financiamento.

c) Os limites ao poder de conformação legislativa em matéria de realização da igualdade social

A análise anterior não implica (bem pelo contrário) a expulsão do Estado em matéria de conformação de direitos sociais – a “mão visível” da regulação constitui, de resto, a exteriorização mais impressiva do Estado Social pragmático.

Mas também os novos instrumentos têm limites, não se trata, como antes, de impor ao legislador a promoção da igualdade real entre os portugueses, mas sim de lhe impor novas restrições em matéria de regulação e direcção social, como veremos mais adiante nas políticas públicas de estímulo e incentivo económico, que se subordinam ao *princípio da sustentabilidade* em decorrência dos dados factuais: a fiscalidade é hoje um “mecanismo insolvente” na redistribuição social.

O poder político-legislativo encontra-se por isso muito coarctado e a aprovação de políticas públicas de promoção da socialidade sem um estudo prévio de sustentabilidade financeira podem revelar-se mais perniciosas que benéficas.

De resto, é igualmente importante sublinhar a este propósito – limites do poder de conformação legislativa – o facto de uma parte destes serviços se encontrar hoje “europeizada” por força das assunção pela União Europeia, no Tratado de Lisboa, dos princípios de serviço público como um *valor comum da União* ao mesmo tempo que chama ao nível europeu de normação (definição legislativa) a definição dos *princípios e condições* de prestação, execução e financiamento dos serviços de interesse económico geral (art. 14.º TFUE), reforçando essa nota através da consagração do *direito de acesso aos mesmos* no art. 36.º da CDFUE, artigo no qual remete também para o reconhecimento das “práticas nacionais”. Veremos, mais à frente, que, neste particular, o *direito europeu* parece distanciar-se na tradicional separação entre *serviços de interesse económico geral* e *serviços*

de interesse geral, na medida em que, como a doutrina vem sublinhando (Gallo, 2010, pp. 735), tende a estender a “protecção jusfundamental europeia” a domínios como a segurança social (art. 34.º CDFUE) e a saúde (art. 35.º CDFUE).

d) O princípio da proibição do retrocesso social

Por último, uma nota para registar a profunda desactualização do princípio da *proibição do retrocesso social* e os perigos que encerra a sua garantia no quadro jurisdicional. Segundo a doutrina tradicional, “uma vez obtido um determinado grau de realização, os direitos sociais passam a constituir uma garantia institucional e um direito subjectivo”, determinando uma protecção do adquirido em nome da protecção da confiança (Canotilho, 2003). Já os defensores da dogmática unitária dos direitos fundamentais propõem que o retrocesso social seja tratado no quadro do regime jurídico geral da restrição de direitos fundamentais, assentando a avaliação da legitimidade do retrocesso na proporção ou desproporção da restrição imposta pelo retrocesso (Reis Novais, 2010).

Ora, qualquer destas interpretações irá colidir com os mais recentes contributos do *princípio da sustentabilidade*, onde a socialidade adquire uma *feição dinâmica* aliada ao cariz securitário tradicional (Krajewski *et alii*, 2009). Não se discute já um projecto de direcção económica, mas sim de dinamização da economia, da mesma forma que não se discute a promoção da igualdade social, mas sim esquemas para a igualdade no acesso às condições de bem-estar social e prestações sociais adequadas à *reabilitação social* dos destinatários que são obrigados a contribuir activamente para esse resultado sob pena de perda dos benefícios sociais.

III – Pistas para a reconstrução da socialidade no “pós-direitos adquiridos”

O contexto que acabamos de descrever revela bem que o grande desafio actual radica na reconstrução da socialidade, para a qual é necessário,

antes de mais, definir um novo quadro jurídico principiológico, cuja pedra angular há-de ser o *princípio da sustentabilidade* no contexto de um *Estado garantidor*. Vejamos algumas directrizes dessa reformulação.

Em primeiro lugar, encontramos a proposta de uma *trilogia da nova socialidade: reduzir, reformular e refinar* (Nabais/Tavares da Silva, 2011). De acordo com os autores, a actual «via realista da socialidade» radica em três pilares fundamentais: a *redução da despesa* (princípio da eficiência e princípio da sustentabilidade), a *reformulação das áreas de intervenção* (a separação entre os serviços económicos, mesmo os essenciais, e os serviços sócio-assistenciais) e o *refinanciamento* (a criação de novos tributos e a instituição de benefícios fiscais destinados a garantir e/ou incentivar o financiamento da intervenção pública de cariz social).

Em matéria de *redução da despesa*, importa promover a *racionalização* das prestações, ou seja, fazer um exame completo do catálogo das prestações sociais e eliminar gradualmente aquelas que não tenham razão de subsistir num quadro económico de escassez de recursos financeiros e de concorrência económica à escala global. Tarefa que deve ser complementada com *racionamento* daquelas prestações, o que significa ajustar a medida de cada prestação às condições existentes, tendo em conta *standards médios* de adequação (Heinig, 2010, pp. 417ss) e a garantia da sustentabilidade financeira do Estado. A *redução* da despesa social deve ainda ser alcançada através de um *melhor desempenho* (*new public management*) dos serviços públicos (Móran Peres, 2007), controlado de uma forma particularmente exigente, de modo a evitar que os bons resultados se fiquem a dever a esquemas, mais ou menos sofisticados, de desorçamentação da despesa. O que nos revela uma realidade para a qual o controlo, que pode vir a ser proporcionado por um princípio como o *princípio da eficiência*, por certo, muito poderá fazer (Tavares da Silva, 2010).

Já a *reformulação da socialidade* começou com a “transformação” de muitos serviços públicos tradicionais em *serviços de interesse económico geral*, em decorrência da transposição para o direito interno das exigências europeias. O conceito de *serviços de interesse económico geral* significa a passagem destes serviços para o mercado, embora sob um esquema que confere ao Estado poder de ingerência para assegurar a *missão social* que alguns

deles (a possibilidade imposição de *obrigações de serviço público*), de forma a garantir a respectiva universalidade (Knauff, 2004).

Para além do poder de ingerência, em boa parte destes sectores o Estado optou por manter também, já antes o dissemos, a sua presença como empresário, o que deve não apenas corresponder a uma necessidade de garantir o cumprimento da missão social, pois essa pode e deve ser assegurada através da regulação económica, mas sim como forma de, por um lado, actuar como *player* e assim incentivar o mercado, e, por outro, garantir que a sede destas empresas permanece em território nacional, o que permite também arrecadar importantes receitas públicas (Storr, 2001). Neste contexto, não é ainda clara a solução que pode ser adoptada no âmbito da *reformulação dos serviços públicos sociais* ou, como preferimos designá-los, *os serviços sócio-assistenciais*, nos quais concorrem uma vocação mitigada para o mercado com as preocupações de natureza social e assistencial, como é o caso da segurança social (incluindo as reformas e as prestações de saúde), do ensino e da investigação, embora a nova estratégia europeia aponte para uma separação de destinos entre os primeiros e os segundos e os terceiros.

Com efeito, é sobretudo nos domínios da saúde e do ensino que encontramos as maiores divergências de modelos entre os Estados-membros da União Europeia, pois a sua escolha depende não apenas da maior ou menor preponderância de determinadas correntes ideológicas, mas sobretudo do dinamismo das estruturas sociais e do desenvolvimento de esquemas de responsabilidade social.

Por último, a reconstrução da socialidade há-de assentar também no *refinanciamento* de alguns “bens sociais”, seja em resultado do recuo do Estado no seu papel de prestador nos serviços sócio-assistenciais, acompanhado da sua transmutação em «agente regulador e orientador» das actividades de prestação daqueles – como acontece na *habitação*, onde o legislador tenta garantir o acesso à habitação através de modificações no regime jurídico do arrendamento urbano e da reabilitação urbana das cidades (ex. cessação de regimes de crédito bonificado e financiamento da reabilitação urbana), na *cultura*, em que têm vindo a ser testados esquemas de financiamento orientados para a rendibilização em substituição dos tradicionais subsídios públicos (por exemplo, no caso dos museus), ou mesmo na *saúde* onde se

procuram novos sistemas de financiamento para o SNS (veja-se o contributo importante dos *Krankenhausplanung* alemães na sustentabilidade do sistema de saúde alemão) –, seja através da instituição de novos tributos (ex. contribuição para o serviço essencial), seja ainda através da reformulação do regime jurídico de outros (ex. propinas progressivas ou taxas de saúde progressivas ou co-pagamentos).

Apontamentos sobre a sustentabilidade nos serviços de saúde

O debate sobre a economia da saúde é hoje muito técnico e tem sido promovido em diversos países da UE com o propósito de incrementar a eficiência em sistemas que se revelam cada vez mais onerosos em consequência do envelhecimento da população. Uma preocupação que é comum aos três tipos de sistemas: beveridgianos (sustentados por impostos e típicos dos países nórdicos e do Reino Unido); bismarkianos (sustentados por sistemas de seguros obrigatórios ou voluntários) e mistos (sustentados por impostos e outras prestações – onde se incluem os dos países do sul da Europa).

Vejamos, em primeiro lugar, o exemplo italiano, onde a sustentabilidade financeira da saúde aparece intimamente associada aos princípios do federalismo financeiro, como de resto é típico de um país regionalizado (seguimos de perto o trabalho de investigação de Nuti/Vainieri, 2011). O novo modelo para o financiamento do sistema nacional de saúde italiano, aprovado pelo d.lgs. 56/2000, assenta na afectação de uma parte das receitas do IVA (em substituição das transferências estaduais) às Regiões, na instituição de um fundo nacional de perequação promotor da solidariedade inter-regional, e na possibilidade de concorrência da saúde com outros sectores. Já a regulação económica da saúde baseia-se na determinação dos custos standards por componente (custo de referência dos serviços em condições de eficiência produtiva) que servem de parâmetro de controlo para determinar se o “sobrecusto” pode ou não ser suportado pelo mecanismo de perequação. Nesta conformidade, a eficiência dos serviços assenta na relação estratégica complexa entre adequação clínica (o serviço tem de oferecer a todos os cuidados de saúde que a evidência científica revela como necessários para a obtenção dos melhores resultados) e organizativa (o serviços deve prestar os cuidados fazendo o melhor uso possível dos

recursos disponíveis), o que exige, por cada medida de adaptação a instituição de um correspectivo mecanismo de controlo da qualidade. Só assim, como revelam os autores do estudo, é possível estabelecer orçamentos sustentáveis e impor parâmetros de responsabilidade financeira no sector da saúde, sem comprometer, quer o financiamento das entidades públicas responsáveis pela prestação do serviço, quer a qualidade do serviço. No modelo adoptado em Itália, percebe-se que o financiamento é desenhado segundo um esquema quadripartido – assistência hospitalar, assistência farmacêutica, assistência especializada e assistência preventiva – e que os acertos de eficiência em um dos vectores envolvem sempre reajustes nos restantes, tudo com base nos métodos dos custos standard.

Para além da melhoria da performance financeira dos serviços de saúde, é também necessário hoje instituir mecanismos de justiça social através das contribuições financeiras suportadas pelos utentes. Referimo-nos ao sistema de co-pagamentos (entre nós designado em regra como sistema de taxas moderadoras) que perpassa todo o sistema de saúde – seja nas percentagens no preço dos medicamentos, seja nas taxas de serviços de saúde, seja ainda nos preços a suportar por serviços assistenciais. A justiça social é garantida não de forma directa, através de uma redistribuição de receitas, mas sim de forma indirecta, pois será o facto de alguns suportarem parte dos custos do sistema que permitirá isentar outros.

Estas contribuições não conseguem (nem é esse o seu objectivo) sustentar totalmente os custos totais dos serviços (os impostos ainda são uma componente importante), mas constituem hoje uma pedra angular da justiça social no quadro da diminuição da receita fiscal. Quer isto dizer, portanto, que os co-pagamentos são instrumentos que complementam o sistema fiscal na sustentação dos serviços por nós designados como sócio-assistenciais (o mesmo acontece com as contribuições para a segurança social). Os co-pagamentos somam também a vantagem de incutir maior responsabilidade social aos utentes, que assim compreendem os custos que estes serviços acarretam para a comunidade. Tal como nos impostos, podemos encontrar no regime de co-pagamentos da saúde contribuições de quota fixa (ex. taxas moderadoras por consultas hospitalares e preços de medicamentos) que, à semelhança dos impostos do mesmo tipo, devem ser utilizadas cada vez

mais com moderação para evitar o efeito económico regressivo (quem tem maior capacidade contributiva realiza um esforço menor); contribuições proporcionais e progressivas, ou seja, calculadas em função do rendimento do sujeito passivo (ex. nas mensalidades a suportar por internamento em instituições de cuidados continuados ou por serviços de assistência médica e de enfermagem ao domicílio a doentes crónicos). Em caso algum o montante do co-pagamento pode exceder o custo do serviço ou do bem.

O sistema de co-pagamentos apresenta como desvantagem o facto de, em certa medida, poder vir a ser interpretado como um mecanismo de dupla tributação, o que significa que mais do que alterar o texto constitucional para passar a admitir este tipo de tributos, é fundamental garantir a transparência das “contas da saúde” para que não só a entidade responsável pelo controlo verifique que não há dupla tributação, como ainda que os próprios utentes do sistema dissipem esse sentimento. Embora a vantagem (hoje mais do que vantagem é uma inevitabilidade) deste modelo radique na sua sustentabilidade e, com isso, na garantia de que não haverá retrocesso social no acesso aos cuidados de saúde, a verdade é que o mesmo só pode ser instituído de forma legítima se previamente estiver em funcionamento um sistema de controlo de custos da saúde semelhante ao que referimos a propósito do sistema italiano, o que mais uma vez nos remete para a importância da transparência. Na verdade, dificilmente seria impossível sustentar entre nós um sistema puramente Beveridgiano.

*Por último, alguns modelos optam por conjugar as duas variáveis antes referidas – controlo financeiro e co-pagamento – com um terceiro elemento que permite a associação dos agentes económicos privados nesta área e que é característico do modelo bismarkiano: referimo-nos à complementação do modelo anterior com um regime de seguros sociais que possibilitam a articulação entre instrumentos de mercado, prestações pecuniárias privadas e regulação pública. Trata-se, porém, de um ajustamento que apenas pode ser alcançado com uma forte componente regulatória pública. É neste contexto que se compreende a importância de instrumentos de planeamento como os *Krankenhausplanung* alemães, através dos quais as entidades públicas estabelecem uma planificação territorializada dos cuidados de saúde, facilitando a tarefa à harmonização entre público e privado na promoção*

conjunta das finalidades do interesse geral. No essencial teríamos aqui um sistema de seguros de saúde obrigatórios (podendo aproveitar-se alguns dos subsistemas públicos de saúde existentes e reformulá-los – ex. ADSE poderia ser transformada em um Fundo Privado Independente sujeito a regulação pública) que também não iriam constituir, em si, mecanismos de financiamento autónomo do sistema, mas antes elementos adicionais de co-financiamento (o que articulado com os co-pagamentos poderia imprimir maior justiça, colmatando as deficiências da informação económica dos beneficiários colbida através do sistema fiscal), contribuindo para a sua sustentabilidade.

A arena global não é indiferente aos direitos sociais, mas respeita a geometria variável dos diferentes sistemas nacionais, impedindo que as *liberdades* ponham em causa a sustentabilidade dos mesmos, embora venha tentando encurtar as diferenças como se percebe pela recente Directiva sobre cuidados de saúde transfronteiriços que acolhe importantes *spillover effects* da integração entre as liberdades económicas e os direitos sociais (Directiva 2011/24/UE, de 9 de Março; v. também COM 2008/414).

Case Study XVII – Ac. TJCE Smits e Peersbooms C-157/99

Smits Geraets era um cidadão holandês que sofria da doença de Parkinson. Por carta de 5 de Setembro de 1996, solicitou aos serviços de saúde do seu país (nos Países Baixos, o regime do seguro de doença assenta fundamentalmente em caixas de seguro de doença) o reembolso das despesas decorrentes dos tratamentos recebidos na Elena-Klinik de Cassel (Alemanha) no quadro de um tratamento categorial e multidisciplinar da doença. Este método implica, designadamente, exames e cuidados com vista a determinar o tratamento medicamentoso ideal, um tratamento fisioterapêutico e ergoterapêutico, bem como um acompanhamento sociopsicológico. Os serviços holandeses informaram-no de que não receberia qualquer reembolso pelo facto de existir nos Países Baixos um tratamento satisfatório e adequado da doença de Parkinson, e pela razão de que o tratamento clínico categorial utilizado na Elena-Klinik não trazia quaisquer vantagens suplementares e, portanto, não havia qualquer necessidade médica que o justificasse.

Peerbooms, também holandês, entrou em coma na sequência de um acidente de viação. Após ter sido hospitalizado nos Países Baixos, foi transferido em estado vegetativo para a clínica universitária de Innsbruck (Áustria), onde se submeteu a uma terapia intensiva especial por neuroestimulação. Nos Países Baixos esta técnica só era utilizada a título experimental em dois centros médicos, não podendo ser aceites pacientes com mais de 25 anos. Assim, é certo que, se tivesse permanecido nos Países Baixos, Peerbooms, nascido em 1961, não poderia aceder à mencionada terapia. O neurologista de Peerbooms solicitou aos serviços holandeses que tomassem a seu cargo as despesas de tratamento suportadas na clínica universitária de Innsbruck. O pedido foi rejeitado por decisão tomada após parecer do médico assessor, com fundamento no facto de nos Países Baixos existirem prestadores de cuidados e/ou estabelecimentos com quem os serviços requeridos poderiam ter celebrado um convénio e que seriam capazes de aplicar os cuidados adequados.

Após um litígio judicial nos tribunais holandeses, teve lugar um reenvio prejudicial para o TJCE para saber se as disposições do direito holandês que estabeleciam que um segurado numa caixa de seguro de doença necessitava da autorização prévia desta para se dirigir a uma pessoa ou instituição fora dos Países Baixos e poder invocar o seu direito a prestações contrariava ou não o disposto nos artigos 59.º e 60.º do Tratado CE. O tribunal concluiu que os artigos 59.º do Tratado CE (hoje art. 56.º TFUE) e 60.º do Tratado CE (hoje art. 57.º TFUE) não se opunham à legislação de um Estado-Membro que subordinava a tomada a cargo de cuidados de saúde dispensados num estabelecimento hospitalar situado noutro Estado-Membro à obtenção de uma autorização prévia da caixa de seguro de doença em que o segurado se encontrava inscrito, bem como a concessão dessa autorização à dupla condição de, por um lado, o tratamento poder ser considerado «habitual no âmbito profissional», critério igualmente aplicado quando se tratava de determinar se cuidados hospitalares dispensados em território nacional beneficiavam de uma cobertura, e de, por outro, o tratamento médico do segurado assim o exigir.

Todavia, tal só se verificava desde que a exigência relativa ao carácter «habitual» do tratamento fosse interpretada de modo a que a autorização

não pudesse ser recusada com esse fundamento quando se revelasse que o tratamento em causa estava suficientemente testado e validado pela ciência médica internacional, e a autorização só pudesse ser recusada com fundamento na inexistência de necessidade médica quando o paciente pudesse obter tratamento idêntico ou com o mesmo grau de eficácia, em tempo oportuno, num estabelecimento que tivesse celebrado um convênio com a caixa de seguro de doença em que o segurado se encontrava inscrito.

O avolumar deste tipo de situações deu lugar à recente publicação de uma Directiva relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços (a Directiva 2011/24/UE), a qual procura assegurar, de acordo com o art. 168.º e 114.º do TFUE, um nível elevado de protecção da saúde humana no quadro dos sistemas de saúde existentes na União, reconhecendo que estes são essenciais para a coesão e a justiça sociais. Trata-se de um regime jurídico inovador na matéria, que prevê um princípio geral de reembolso dos custos dos cuidados de saúde transfronteiriços, embora sob diversas condições e não excluindo a possibilidade de o Estado de afiliação poder prever, em certos casos, um sistema de autorização prévia para esse reembolso.

IV – A aplicação da nova dogmática em um pressuposto de “reabilitação da socialidade”

O contexto económico globalizado, onde a “produção de riqueza” obedece a regras muito distintas daquelas que governavam as economias fechadas e estadualizadas, traz consigo desafios (mais do que problemas) à reconstrução da socialidade. Em nosso entender, mais do que discutir se o Estado Garantidor é ainda um Estado Social em sentido moderno, impõe-se discutir em que termos o Estado Garantidor pode e deve assegurar a prestação de serviços sócio-assistenciais, assim como prestações sociais aos que delas necessitam. Tendo nós concluído que os pressupostos da actuação social deste novo modelo de Estado têm de estar ajustados ao modelo de economia de mercado e de produção normativa em rede, veremos que mais do que falar de uma crise de *direitos adquiridos* (Loureiro, 2010), que é

inevitável, se impõe falar hoje na reabilitação da *função redistributiva* e no aperfeiçoamento do controlo da economia de mercado (“regulação”) a partir dos novos instrumentos ao dispor do poder público: os sistemas de *regulação em rede* e a *cooperação internacional*. É este, em nosso entender, o novo paradigma constitucional dos direitos sociais, que se distancia substancialmente do *garantismo judicial* e repousa em equilíbrios de base técnico-financeira, que são mais fáceis de manter e de justificar na fase da concretização das disposições normativas, permitindo ultrapassar os problemas hermenêuticos do constitucionalismo apontados por *Zagrebelsky*.

Com efeito, a primeira *fronteira quebrada* quando se fala em *sustentabilidade* é a fronteira da soberania do poder democrático (Glaser, 2006). E não queremos com isto substituir o “governo do povo” pelo “governo económico e ambiental”, queremos apenas alertar para a necessidade de impedir que o “governo do povo” se transforme em um instrumento expropriativo dos direitos das gerações futuras, o que exige a assimilação de novos princípios (jurídicos) pelo ordenamento jurídico. Desde logo a assimilação do *princípio da sustentabilidade* intimamente associado ao conceito de desenvolvimento sustentável. E compreende-se que este problema seja uma característica da pós-modernidade e que a relevância destes princípios decorra das potencialidades geradas pela “economia aberta” onde os Estados podem encontrar mecanismos artificiais de criação riqueza, que permitem aos governantes mostrar resultados (*responsividade*) e obter a aprovação dos eleitores ao mesmo tempo que comprometem o desenvolvimento futuro.

A proposta da dogmática alemã para a realização do bem comum no contexto actual radica, em primeiro lugar, na reorientação do papel do Estado no âmbito da intervenção na economia: de hetero-regulador a construtor de *clusters* entre agentes económicos e Sociedade (Franzius, 2009). A ideia central é o Estado “saber posicionar-se na rede regulatória” e conseguir a partir dela assegurar a produção dos “bens sociais” segundo esquemas de *smart regulation*.

Em que é que esta tarefa se distingue de posicionamentos anteriores?

Afasta-se, em primeiro lugar, das correntes *doutrinárias liberais, defensoras do Estado mínimo* como forma de neutralizar custos de transacção (*ineficiências*) perturbadores do bom funcionamento dos mercados. Referimo-nos,

por exemplo, à proposta de *Posner* na aplicação do critério *Kaldor-Hicks* (análise custo-benefício-compensação) às decisões em matéria de bem-comum, segundo a qual a eficiência resultaria da alocação dos bens em função do critério da respectiva valorização pelos utilizadores que seria possível obter a partir do mercado, onde os interessados estariam disposto a pagar pela obtenção do bem, ou seja, pelo desvio do mesmo para seu benefício (custo-substituição) e aos *utilitaristas* (ex. Mill) para quem os bens escassos devem ser alocados àqueles que mais os valorizam.

Afasta-se, também, das correntes *doutrinárias dirigistas* que interpretam a “Constituição social” como uma missão das entidades públicas, efectivada a partir da redistribuição da riqueza gerada na economia (sistema fiscal pesado) – *Estado máximo* – e maximizada pela intervenção directa do Estado, seja no controlo das principais *utilities* e *commodities* (controlo das infra-estruturas económicas como o sistema financeiro e energético), seja na criação de grandes serviços públicos de “mão estadual” que propiciam transferências em espécie.

E, afasta-se ainda, de algumas propostas moderadas e intermédias construídas, quer sobre a perspectiva da maior eficiência da alocação através do mercado – “o Estado como leiloeiro” ou como financiador (“cheque-ensino” e o “cheque-saúde”) e a internalização das externalidades segundo o *teorema de Coase* (Martini, 2008) –, quer da maior justiça da intervenção correctiva da “mão pública” sobre as ineficiências do mercado – “o Estado como agente independente e hetero-regulador” (Moreira, 1997, pp. 45-46).

A diferença fundamental da “nova resposta” coloca-se no plano do “nível” a que a mesma é formulada, deixando de corresponder a um sistema estadual para passar a desenhar-se no âmbito de um sistema multinível e em rede – a *socialidade na arena global*. Não se trata de um sistema que prescinde do poder público estadual, mas sim de um sistema que trata o Estado como *um agente* entre outros na construção da solução e não como *o poder* de ordenação soberana e inarredável.

No essencial, as preocupações da justiça não são substituídas por dinâmicas de mercado, mas sim ajustadas a um esquema dialógico, dinâmico e reflexivo – a *governance* substitui o *gouvernement*. Acompanhamos *Canotilho* quando o autor afirma que

devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a optimização dos direitos sociais não deriva só, ou primordialmente, da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da good governance dos recursos públicos e privados afectados ao sistema de saúde (Canotilho, 2008, pp. 249).

É nesta arena – a da *smart regulation* – que uma boa parte da socialidade pode ser reinventada, através de um processo que começa com a mitigação das vias de captura dos agentes económicos pelos governantes.

Não podemos esquecer que uma boa parte do problema se centra hoje no financiamento dos serviços sócio-assistenciais, ou *serviços de interesse geral* (SIG) se quisermos adoptar a terminologia europeia correspondente, ou seja, naqueles que não têm vocação de mercado, uma vez que os seus custos não podem, em princípio, ser integralmente suportados pelo utente, e, por essa razão, ficam a salvo da aplicação das regras europeias em matéria de concorrência. Aliás, a Europa reconheceu a importância destes serviços como elemento de garantia da coesão económica e social e promoveu um estudo dos modelos estaduais de prestação (COM-2006/177), traçando algumas pistas para a *melhoria da sua eficiência no contexto transnacional*.

Neste contexto, a doutrina (Gallo, 2010, pp. 757) destaca o facto de o regime jurídico europeu sobre *serviços de interesse económico geral* ter sido concebido não apenas como instrumento de promoção da coesão social no espaço de integração económica, mas ainda como um regime com pretensões constitutivas de uma “cidadania social”, o que justifica as excepções admitidas em matéria de regime da concorrência e de ajudas de Estado (art. 106.º/2 TFUE).

Todavia, se o modelo inspirador vem do conceito europeu de serviços económicos de interesse geral, é na doutrina económica norte-americana que hoje encontramos as bases teóricas da *nova regulação*, as quais podem ajudar à construção da proposta alternativa. Uma regulação preocupada com a harmonização das tensões emergentes do oportunismo governativo perante as fragilidades dos operadores económicos a braços com pesados custos fixos e irrecuperáveis em regime de plena concorrência, e com a obtenção de soluções de *third best* (já não se pretende alcançar o óptimo, nem o “óptimo de Pareto” ou o *second best de Lancaster*, mas apenas uma

acomodação das comunidades num nível mínimo adequado à existência geral) no “contrato implícito” entre governantes, reguladores, regulados e consumidores, alcançadas a partir de diálogo e cooperação entre os interessados (Spiller/Tommasi, 2009).

De resto, uma das principais qualidades da regulação é precisamente a sua *heterogeneidade a capacidade de ajuste às diversidades dos bens e sistemas a regular* – monopólios fiscais, bens de procura intensa e oferta limitada, unidades produtivas – e dos objectivos pretendidos, que podem ir desde o controlo de uma posição dominante, ao estímulo de maior eficiência ou à optimização do uso de um recurso escasso. Regular não é apenas sinónimo de uma *gestão eficiente* e é por isso que a regulação é “juridicamente domesticável”, ao contrário da gestão, que se esgota num instrumento formal de *better performance*.

No entanto, é importante tentar perceber se a aplicação da dogmática da *regulação à socialidade* permite alcançar resultados não só *sustentáveis*, mas simultaneamente *justos*. Quer isto dizer que devemos questionar se a *regulação* – entendida neste caso como o conjunto de medidas de autoridade que disciplinam a garantia do bem-estar da população através de uma intervenção autoritária sobre agentes públicos e privados – para além de internalizar o conteúdo da sustentabilidade e com isso garantir que os custos são suportados sem asfixia financeira das gerações futuras, é também capaz, ou é simultaneamente capaz, de garantir que as gerações actuais conseguem manter algumas das “conquistas sociais” da modernidade, impedindo que este nós comecemos a ser adoptadas decisões judiciais semelhantes àquelas que podemos ver em tribunais como o *Constitutional Court* da África do Sul.

Case Study XVIII – Constitutional Court of South Africa (T. Soobramoney v. Minister of Health KwaZulu-Natal – 27/11/1997)

O caso reporta-se a um desempregado de 41 anos que entre outras doenças padecia de doença renal crónica e que solicitou tratamento de hemodiálise no hospital da sua área de residência. O hospital negou o acesso ao tratamento, alegando que não dispunha de recursos para garantir aquele tratamento a todos os doentes e que por isso havia elaborado regras internas que davam preferência aos doentes que podiam ser transplantados, o que

não era o caso, uma vez que ele padecia de outras patologias. O doente iniciou os tratamentos num hospital privado, mas não dispunha de recursos económicos para os suportar por muito tempo e pediu ao TC que reconhecesse o seu tratamento no hospital público, invocando o direito à saúde e à vida. O TC negou a pretensão, com base nos seguintes fundamentos: 1) o reconhecimento dos direitos sociais básicos na Constituição sul-africana não neutraliza o facto de os mesmos apenas deverem ser satisfeitos no âmbito das disponibilidades económicas do Estado, que são poucas precisamente pelo facto de se ter de repor o desequilíbrio herdado do regime anterior; 2) o direito à saúde como direito positivo apenas inclui a prestação de assistência médica de urgência, o que não era o caso; 3) o direito à vida, na medida em que reclama prestações positivas do Estado, é ponderado como se de um direito social se tratasse (não acolhendo a jurisprudência do Tribunal Supremo da Índia no caso Paschim Banga Khet Mazdoor Samity y outros v. State of West Bengal, que considerou que a denegação de tratamento médico constitui violação do direito à vida – “It is no doubt true that financial resources are needed for providing these facilities. But at the same time it cannot be ignored that it is the constitutional obligation of the State to provide adequate medical services to the people. Whatever is necessary for this purpose has to be done”); 4) a autocontenção do juiz perante questões políticas fica bem patente nestes casos, nos quais cabe às entidades de saúde definir as regras mais ajustadas à repartição de bens escassos.

Ao propormos o modelo de *regulação* para a *socialidade* em substituição do modelo de prestação pública ou de “mão pública” dizemos, por um lado, que são irrazoáveis os monopólios de serviços públicos (exige-se a produção de resultado de interesse público e não a prestação de um serviço público exclusivo), mas, por outro, que a ele não tem de suceder necessariamente um mercado, mas apenas um *sistema de serviços* orientado para a produção de resultados. Também não queremos com isto dizer que os privados que operam nestas actividades ficam “capturados” por contratos de concessão ou de associação, mas antes que ficam “subordinados” a uma autoridade (a que emana do poder regulador em que eles podem participar e não necessariamente do poder estadual unilateral) que limita a sua

livre iniciativa em função dos objectivos pré-estabelecidos. A *renaissance da Daseinvorsorge* sob o signo europeu radica precisamente neste modelo de regulação segundo o qual as prestações estaduais não são em forma de serviços, mas antes de “normas, medidas regulatórias ou actos de supervisão” fundados em programas de acção sustentáveis (Möstl, 2004, pp. 973).

A nova bagagem dogmática não é difícil de compreender, o que é difícil de implementar é o sistema de regulação económica financeira dos serviços sócio-assistenciais onde a integração entre mercado e socialidade é mais difícil, uma vez que algumas das suas características – dizem respeito a necessidades humanas vitais, lidam maioritariamente com utentes vulneráveis, desempenham um papel de coesão social, actuam preventivamente, as prestações são muito heterogéneas – tornam não só impossível a sua concepção sem o financiamento do Estado, como muito difícil a concepção de esquemas justos de co-financiamento. E não nos referimos apenas ao financiamento intra-estadual, mas também ao seu financiamento transnacional, capaz de acompanhar a desejada mobilidade das pessoas no espaço único europeu, um problema que, de resto, deve ser analisado em conjunto com a *resiliência* revelada no mesmo nível pelos *direitos fundamentais de participação política* (ver final da parte III).

O *Protocolo relativo aos Serviços de Interesse Geral*, anexo ao Tratado de Lisboa, reitera a soberania nacional sobre a matéria (isentando estes serviços das regras da concorrência no mercado interno, excepto quando adquiram/revelem natureza económica, e impondo, em qualquer caso, a adopção de “critérios objectivos, não discriminatórios e conhecidos de antemão”) (cf. COM-2007/725), mas a verdade é que têm vindo a ser desenvolvidas algumas orientações – o denominado *MAC social método aberto de coordenação na área da protecção social* (cf. COM-2008/418) – no sentido de permitir, pelo menos, uma solução dos problemas transnacionais e uma *divulgação das melhores práticas (benchmarking)* para que os Estados possam orientar as suas políticas nesta matéria de forma mais eficiente, ao mesmo tempo que adoptam soluções que tornam os cidadãos co-responsáveis pelo sucesso dos resultados (ex. o apoio no desemprego é concebido segundo um esquema de incentivo no regresso ao mercado de trabalho).

Veja-se que a proposta europeia em matéria de *socialidade* diverge substancialmente da proposta europeia em matéria de integração económica, pois se para a segunda existem regras específicas e densas nos tratados e nos regulamentos e directivas europeias, para a primeira, ao invés, desenvolvem-se sobretudo *esquemas soft* de aproximação e aprendizagem mútuo, na esperança de que a harmonização surja no momento apropriado, sem ser imposta pelos instrumentos típicos de harmonização normativa do direito europeu (Falkner, 2010, pp. 295).

O *MAC social* tem sido utilizado como fonte de inspiração para as diversas reformas da segurança social, do trabalho (regimes de flexisegurança previstos no Livro Verde da Comissão, de 22 de Novembro de 2006, intitulado «Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI» – COM 2006/708), para a instituição de novas ferramentas de combate à pobreza (e às novas formas de pobreza, o que envolve uma coordenação entre os objectivos da estratégia de Lisboa e o *MAC social* – COM 2008/418 e Decisão 1098/2008/CE relativa ao ano Europeu de combate à pobreza e à exclusão social) e de melhoria da eficiência na prestação de cuidados de saúde.

É importante lembrar que não são apenas os *serviços sócio-assistenciais* que enfrentam dificuldades em matéria de financiamento a partir do utente. Nos *serviços económicos de interesse geral* (SIEG) esse problema também se coloca, quer em termos gerais quando está em causa a acessibilidade por parte de clientes vulneráveis, quer em termos sectoriais como acontece nos transportes, impondo a criação de regimes de compensações financeiras mesmo onde existe concorrência (Knauff, 2010, pp. 580). O que importa saber é se estas compensações resultam do orçamento de Estado ou se podem ser também suportadas por *tributos especiais* (ex. contribuições financeiras especiais que hoje são liquidadas a favor de sistemas de compensação – contribuição para o serviços universal § 83.º da TKG – ou de fundos de solidariedade – ex. o anunciado fundo de equilíbrio tarifário da água).

Muitas destas dificuldades são resumidas de forma clara pela doutrina que ao estabelecer a ligação entre a *justiça fiscal* e a *justiça social* reconhece que a Europa vive um impasse nesta matéria (Gallo, 2007, pp. 147ss). Aparentemente alheia ao facto de a justiça (re)distributiva constituir o suporte

indispensável da justiça social, assistimos a uma política europeia que promove a concorrência fiscal entre os Estados, ao mesmo tempo que eleva a valores comuns da União a solidariedade social. Uma Europa que apresenta instrumentos de *hard law* na garantia das liberdades económicas e uma interpretação restritiva dos apoios estaduais financeiros permitidos ao mesmo tempo que tenta minorar os efeitos perniciosos do *dumping fiscal* com instrumentos de *soft law* (referimo-nos ao código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, aprovado pela Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros, Reunidos no Conselho de 1 de Dezembro de 1997) para a promoção da ética social. No plano europeu, a *questão da socialidade* terá, neste contexto, de ser analisada sob o estudo sério de uma perspectiva federalista que ajude a neutralizar as clivagens das assimetrias financeiras entre os Estados-membros.

A doutrina coloca por isso o assento tónico no *princípio da solidariedade* reconstruído no contexto da “cidadania social europeia”, onde a integração dos esquemas de financiamento acompanham os níveis de prestação, as formas de gestão, e a garantia do mínimo para uma existência condigna. Como ela bem sublinha, o Estado garantidor e as suas diversas facetas reconstroem-se nesta envolvência, com a elaboração de novos procedimentos que tendem a constituir esquemas de revelação do interesse público (a decisão administrativa de alocação eficiente de recursos como medida regulatória), com a criação de novos esquemas de financiamento promotores de uma redistribuição dos rendimentos assente em tributos contributivos complementares da fiscalidade tradicional, com a delimitação de novas formas de legitimidade e novos instrumentos processuais para uma garantia efectiva dos direitos ajustada ao novo modo de produção dos mesmos e ainda com novos esquemas de *governance* entre os Estados-membros e entre as respectivas administrações, reconhecendo-se o respectivo papel essencial na dinamização do modelo – são estes os pilares essenciais do *Estado garantidor (da socialidade) na rede* (Krajewski, 2011).

Em traços gerais, podemos afirmar que a *revisão da socialidade* assenta em grande medida na reconstrução pragmática do Estado Social no quadro de um sistema normativo em rede (a abertura constitucional também pode consubstanciar uma nova forma de solidariedade – Kirchhof, *Verfassungs-*

theorie, pp. 90), através da *racionalização* das prestações sociais em vigor e da sua adequação às novas regras demográficas (aumento da esperança média de vida), geográficas (internacionalização das empresas e do trabalho) e sociológicas (novas famílias), da *reformulação* dos sistemas de prestação que contam com esquemas regulados de colaboração público-privada envolvendo concorrência e mecanismos de garantia efectiva da prestação e do seu *refinanciamento* a partir da repartição justa e equitativa da conta entre os beneficiários das prestações, os utentes dos sistemas e os contribuintes, obrigando a uma reformulação dos sistemas tributários dos Estados-membros.

Neste domínio de verificação-esperimentação as conclusões são inequívocas: a *Constituição*, em si, é hoje incapaz, mas a rede jusnormativa é um apoio essencial à reconstrução sustentável de uma “nova socialidade” devidamente ajustada ao paradigma económico vigente.

(Página deixada propositadamente em branco)

PARTE III

DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS NA GLOBALIZAÇÃO

O estudo dos direitos fundamentais na *arena global* não fica completo sem a análise dos *direitos, liberdades e garantias* neste contexto. Centraremos a nossa abordagem, essencialmente, no conjunto de *direitos de primeira geração (liberdade, segurança e propriedade)*, tido como núcleo dos *direitos de defesa* dos indivíduos perante o Estado (Vieira de Andrade, 2009, pp. 53ss), e no conjunto dos *direitos de participação política* (associação, reunião, manifestação e expressão), que expressam a efectividade do Estado democrático de direito (Canotilho/Moreira, 2007, pp. 294). O mesmo é dizer que iremos concentrar a nossa análise nas oportunidades que o desenvolvimento da “pessoa” e do “cidadão” encontram no espaço global e na ordem jurídica europeia, investigando também os entraves que as “novas regras de segurança mundial” trouxeram para o livre desenvolvimento destas dimensões.

Recuperando o conceito de *liberdade* de Montesquieu – *a tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem da sua própria segurança* –, do qual ressalta a sua matriz social, Pérez Royo traça a distinção entre *liberdade* e *independência* para concluir que a “ordem constitucional” (o *Estado constitucional*) não foi a primeira, nem terá por essa razão de ser a última ou a única forma de compatibilizar segurança e liberdade (Pérez Royo, 2010, pp. 8). Num momento em que as pesadas máquinas burocráticas que sustentam os sistemas de segurança das “ordens constitucionais ocidentais” começam a dar mostras de um consumo excessivo e insustentável de recursos financeiros que comprometem a liberdade económica dos indivíduos, onerando-os com cargas fiscais insuportáveis, e quando muitos

questionam as políticas – as “escolhas públicas” – que nos trouxeram até aqui, e perdem a confiança nos decisores políticos, percebemos (no ponto anterior) que o equilíbrio entre protecção social e liberdade governado por uma Constituição, que se julgava perfeito no apogeu do Estado de bem-estar social, começa a ser posto em crise na parte económica e na sustentação da socialidade, mas mais preocupante ainda é analisar agora se esse questionamento corre o risco de contaminar uma parte fundamental das Constituições – precisamente, a dos direitos, liberdades e garantias – quando o problema radica na ponderação entre segurança e liberdade perante ameaças globais.

O ataque de 11 de Setembro em Nova Iorque catapultou para a análise jurídica o fenómeno do *terrorismo*. Um conceito que tem as suas raízes na *Revolução Francesa*, mais precisamente na designação dada aos revolucionários no “período do terror”, e que durante muito tempo foi remetido para o campo do direito penal como qualificativo de certo tipo de actos criminosos, sobretudo relacionados com objectivos de secessão ou de conflitos regionais. Aliás, em mera nota é importante lembrar que muitas vezes estes “terroristas” são depois “reabilitados” pela instituição de uma nova ordem constitucional, um fenómeno que hoje é também discutido nos problemas “mal resolvidos” da “memória constitucional dos Estados”. Mas o “terrorismo” que aqui nos importa analisar nasce a partir de 2001, momento a partir do qual a preocupação por uma definição objectiva do termo se mostra bem patente em diversos instrumentos de direito internacional, cuja finalidade radica na adopção legítima de *medidas preventivas* contra “actos de terrorismo” (Conte, 2010, pp. 6-36).

Com efeito, no início do séc. XXI irrompe na arena global um problema novo: o *terrorismo global*. E a novidade não resulta, pensamos nós, do facto de estarmos perante um caso de *criminalidade organizada*, mas sim do facto de essa criminalidade ter um objectivo político e novo: *destruir a organização político-social estadual tal como a mesma se foi consolidando nos sistemas democráticos ocidentais*, em especial, *o nível de bem-estar da sociedade* que a tornou *vulnerável* e dependente de infra-estruturas muito sensíveis (sistemas informáticos, centrais nucleares, indústrias químicas, sistemas de transporte, etc.).

Ao combater este terrorismo os Estados Ocidentais lutam pela sua sobrevivência e os cidadãos pela respectiva liberdade e bem-estar nos moldes em que aquela forma de organização as tem proporcionado. Embora essa luta, ao reclamar maior segurança, acabe tolhendo em níveis inimagináveis a própria liberdade individual dentro destes sistemas. Mas não é só, este *terrorismo* visa um objecto comum a diversos Estados – trata-se de um *perigo difuso* (Hoffmann-Riem, pp. 475) – e por essa razão o combate ao fenómeno exigiu novas formas de organização política, militar e também jurídicas, mesmo em países que já dispunham de expedientes normativos para fazer face às formas tradicionais de terrorismo, como era o caso do Reino Unido relativamente ao terrorismo do IRA e da Espanha relativamente à ETA.

Em parte assistimos a uma *estratégia concertada* que adopta a designação de *contra-terrorismo* no âmbito da ONU, mas que em grande medida é também resolvida de forma individual por cada Estado, obrigando a doutrina e a jurisprudência a regressar à discussão de temas relacionados com a ponderação do poder público e das liberdades, que se pensava estarem definitivamente “arrumados” no final do séc. XX. Ou mesmo superados pela universalização da matriz das liberdades firmado em grandes documentos internacionais como a CEDH. E este exercício acaba por obrigar cada Estado a recuperar o seu paradigma jusfundamental como *Ackerman* bem sintetiza:

[a]s the bad old days of the twentieth century, when Hitler and Stalin really did threaten us with physical occupation and political takeover. We managed to maintain our liberties during those perilous times, and with some institutional imagination, we can do it again. Our great constitutional tradition of checks and balances provides the material we need to withstand the tragic attacks and predictable panics of the twenty-first century. The challenge is to think, and act, in a way that will sustain this tradition into a third century (Ackerman, 2006, pp.9).

Na mesma linha argumentativa, *Hoffmann-Riem* recupera a origem do monopólio estadual da violência e da origem do Estado de Direito e da respectiva aproximação ao princípio democrático para explicar a importância que no regime constitucional assume a reserva de lei restritiva de direitos, liberdades e garantias:

é através do Parlamento que se garante a autodeterminação da sociedade sobre o quantum de liberdade que deve opor-se ao Estado e é o Estado que através do seu ordenamento jurídico garante a liberdade de todos em igual medida (Hoffmann-Riem, pp. 472).

Assim, um dos objectivos desta parte é precisamente o de questionar se neste domínio a *global governance* permite o reforço do papel dos direitos fundamentais constitucionais ou se, ao invés, constitui mais um argumento em favor da perda de relevância das Constituições e do reforço no plano transnacional das “cartas de direitos”.

I – Medidas legislativas especiais em matéria de terrorismo

Para além das iniciativas políticas no plano internacional, que iremos referir mais adiante, muitos Estados optaram, após o ataque aos EUA, por uma reacção quase imediata ao fenómeno no plano normativo: através da consagração do terrorismo na lei fundamental (é o caso de Portugal na Revisão Constitucional de 2001 – arts. 34.º/3 e 207.º/1); através de um combate por via legislativa, mediante a adopção de *leis especiais anti-terrorismo*; e ainda através da declaração de “estados de excepção ou necessidade constitucional”.

Com efeito, um ponto especialmente sensível nesta matéria foi a adopção por alguns Estados de *leis anti-terrorismo* de vigência limitada, fundamentadas na situação excepcional decorrente dos ataques, ou seja, em um *estado de emergência* (Ackerman, 2006, pp.58ss), ou um *estado de necessidade* para adoptar a designação comum dos textos constitucionais e do art. 15.º da CEDH. Leis que se apresentaram como instrumentos jurídicos essenciais à garantia da segurança no contexto de grande incerteza que sucedeu aos principais ataques, mas que depois acabaram por perdurar nos ordenamentos jurídicos, com diversos fundamentos legitimadores das medidas extraordinárias aí consagradas, entre os quais cumpre destacar a emergência de uma terceira categoria entre o “estado de normalidade” e o “estado de necessidade”, designado como *estado de tensão* (Durán, Pérez Royo, pp. 22). Vejamos alguns casos concretos.

Leis especiais anti-terrorismo

País	Lei	Aprovação/Vigência	Apreciação constitucional
EUA	<i>USA Patriot Act – Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Intercept and Obstruct Terrorism</i>	26.01.2001 / revalidação em 2005, 2006, 2010 e 2011, embora alguns preceitos tenham sido modificados e outros tenham entretanto caducado	
Reino Unido	<i>Anti-Terrorism, Crime and Security Act</i>	19.11.2001 / modificada em 2002, 2003, 2005 e 2006	A Parte IV foi considerada incompatível com a CEDH em Março de 2004 – <i>House of Lords</i>
	<i>Prevention of Terrorism Act</i>	11.03.2005	
	<i>Terrorism Act</i>	30.03/2006	
França	<i>Loi 2006-64</i>	23.01.2006 / modificada em 2008 e em 2011	
Alemanha	<i>Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)</i>	09.01.2002 / prorrogada a sua vigência em 10.01.2007	
Itália	<i>Legge n.º 155/2005</i>	31.07.2005	

139

Todas estas leis visavam não apenas um reforço das medidas penais de combate ao terrorismo (agravamento das penas como medida dissuasora), mas também a implementação de medidas preventivas (medidas de polícia mais gravosas) para os “suspeitos de terrorismo”. Na prática significa que os Estados reagiram à ameaça terrorista através da aprovação de regimes legais mais restritivos em matéria de exercício de direitos fundamentais como a liberdade (prolongamento dos prazos máximos de detenção e de prisão preventiva – a *USA Patriot Act* chegou mesmo a estabelecer uma *detenção administrativa por tempo indeterminado*) e a reserva da intimidade, justificando esse “reforço da restrição” na (re)valorização da segurança.

Neste contexto, iremos verificar que numa primeira fase de reacção à aprovação destes diplomas, o *poder judicial* acabaria por assumir um papel relevante na “moderação” dos ímpetus do poder político-legislativo,

sublinhando a *força das Constituições* e o papel dos direitos fundamentais, em decisões que se tornaram verdadeiros *leading cases*.

140

Case Study XIX – O “caso do abate de aviões” BundesVerfassungsGericht 15.02.2006 (1 BvR 357/05)

Precedentes: em 5 de Janeiro de 2003, uma avioneta sobrevoou Frankfurt sem que dispusesse de autorização para o efeito. A proximidade deste acontecimento com o 11.09.2001 levou a que mais uma vez a sociedade se visse confrontada com a vulnerabilidade perante um ataque aéreo. A polícia evacuou os edifícios da zona enquanto dois pilotos militares procederam à identificação do suspeito, que se veio a verificar não ser um terrorista, mas apenas uma pessoa com problemas psicológicos. Este episódio levou as autoridades a considerar que seria importante esclarecer as competências em matéria de defesa entre a Federação e os Länder, bem como a necessidade de adoptar mecanismos eficazes de combate e prevenção contra ataques terrorista.

Assim, em 11.01.2005 foi aprovada a lei de segurança aérea (Luftsicherheitsgesetzes), que dispunha no §14/3 o seguinte: “o uso directo da força armada só é admissível quando as circunstâncias do caso concreto revelem que a aeronave será usada contra a vida das pessoas, e que essa é a única forma de evitar o perigo iminente” (tradução nossa).

Em 15.02.2006, o Bundesverfassungsgericht declarou a referida norma inconstitucional com dois fundamentos: incompetência orgânica e violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto a este último ponto é importante analisar alguns dos argumentos que foram esgrimidos pelo poder público na defesa da lei, estribados no reconhecimento de que a situação corresponderia a uma actuação em regime de estado de emergência, e de entre os quais avultam os seguintes: 1) que as pessoas que viajam no avião (tripulantes e passageiros) ao entrarem nele conheciam e aceitavam o risco para a vida que poderia decorrer de um qualquer acidente, e por isso aceitavam também implicitamente que a morte pudesse resultar do incidente (abate do avião); 2) que as pessoas dentro do avião sequestrado ao não conseguirem auto-determinar a sua vontade, designadamente, nada podendo fazer para impedir o resultado (ataque terrorista), perdiam

a condição de pessoas, transformando-se em meras armas (objectos); 3) e ainda que os indivíduos são um dos elementos e um dos fins da actuação do Estado o que justifica a sua protecção (a das vidas dos que são salvos com o abate do avião) através de meios que podem pôr em causa direitos individuais se essa for a única forma de prosseguir aquela finalidade.

Case Study XX – O “caso da lei de armazenamento de dados de telecomunicações” BundesVerfassungsGericht 02.03.2010 (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08)

Precedentes: O novo regime jurídico de vigilância das telecomunicações de 21.12.2007 (Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung), integrado na política europeia de prevenção do terrorismo, contemplava normas que segundo a nota oficial de Imprensa do BvG diziam respeito ao seguinte: “§ 113a TKG the providers of publicly accessible telecommunications services have a duty to store virtually all traffic data of telephone services (fixed network, mobile communications, fax, SMS, MMS), email services and Internet services without occasion, by way of precaution”; “§ 113b TKG governs the possible purposes for which these data may be used. This provision is a linking provision: it does not itself contain an authorisation of data retrieval, but merely broadly designates intended uses that are possible in general; these are to be put in concrete terms by provisions of specific branches of law passed by the Federal Government and the Länder (states)”; § 100g StPO putting § 113b sentence 1 half-sentence 1 no. 1 TKG into specific terms governs the direct use for criminal prosecution of the data stored by way of precaution”.

Estes preceitos correspondiam, no essencial, a uma transposição para o direito interno da Directiva 2006/24/CE, de 15 de Março, na qual se pode ler, no artigo 4.º, que “os Estados-Membros devem tomar medidas para assegurar que os dados conservados em conformidade com a presente directiva só sejam transmitidos às autoridades nacionais competentes em casos específicos e de acordo com a legislação nacional. Os procedimentos que devem ser seguidos e as condições que devem ser respeitadas para se ter acesso a dados conservados de acordo com os requisitos da necessidade e da proporcionalidade devem ser definidos por cada Estado-Membro no respectivo

direito nacional, sob reserva das disposições pertinentes do Direito da União Europeia ou do Direito Internacional Público, nomeadamente a CEDH na interpretação que lhe é dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.

O BVG decidiu que estas normas violavam o direito fundamental ao sigilo das comunicações previsto no art. 10.º da GG. Especialmente interessante é o § I do acórdão, onde o tribunal aborda a questão de as normas em crise corresponderem a uma transposição do direito europeu. Sobre a matéria o BVG conclui que não se tratava de um controlo de constitucionalidade das normas da Directiva e sim da transposição que o legislador alemão fez da mesma no âmbito da margem de livre conformação que o legislador europeu lhe deixava.

A dificuldade decorrente da transposição da mencionada directiva para os diversos ordenamentos dos Estados-membros, garantindo a sua compatibilidade com os textos das respectivas leis fundamentais não se tem revelado uma tarefa fácil, e talvez por essa razão, no relatório de avaliação apresentado pela Comissão Europeia em 18.04.2011 seja possível ler o seguinte: “a conservação dos dados de telecomunicações desempenha um papel importante para proteger a população contra os danos causados por crimes graves, pois esses dados facilitam a obtenção de provas essenciais para a resolução de crimes e garantem que se faça justiça. No entanto, a transposição da Directiva tem sido irregular e as diferenças que continuam a existir entre as legislações dos vários Estados-Membros criam dificuldades aos fornecedores de serviços de telecomunicações. Por outro lado, a Directiva também não assegura por si só que os dados sejam armazenados, consultados e utilizados no pleno respeito do direito à vida privada e à protecção dos dados pessoais, levando a que os tribunais anulassem a legislação que transpõe a Directiva nalguns Estados Membros. A Comissão irá rever as normas actuais em matéria de conservação de dados, em consulta com as autoridades policiais e judiciais, a indústria, as autoridades responsáveis pela protecção de dados e a sociedade civil, tendo em vista propor um quadro jurídico melhorado”.

Quer no modelo de decisão anglo-saxónico, onde apesar da “harmonia” em termos de resultado final são notórias as diferenças em matéria de retórica argumentativa e de matriz cultural que sustenta a decisão:

Case Study XXI – As “detenções para deportação” House of Lords 16.12.2004 (A. v. Secretary of State for the Home Department)

Precedentes: Nove pessoas foram qualificadas como “suspeitos de terrorismo” e detidos nos termos da “section 21 – da Anti-Terrorism, Crime and Security Act (2001)” que dispunha o seguinte: “Suspected international terrorist: certification (1) The Secretary of State may issue a certificate under this section in respect of a person if the Secretary of State reasonably - (a) believes that the person’s presence in the United Kingdom is a risk to national security, and (b) suspects that the person is a terrorist. (2) In subsection (1)(b) ‘terrorist’ means a person who - (a) is or has been concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism, (b) is a member of or belongs to an international terrorist group, or (c) has links with an international terrorist group. (3) A group is an international terrorist group for the purposes of subsection (2)(b) and (c) if - (a) it is subject to the control or influence of persons outside the United Kingdom, and (b) the Secretary of State suspects that it is concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism.”

Os detidos questionaram a legalidade da medida, primeiro do Special Immigration Appeals Tribunal (SIAC), o qual considerou que vigorava o “estado de emergência” mas que tal não era suficiente para neutralizar que as medidas previstas na lei violassem os arts. 5.º e 14.º da CEDH. A Home Secretary recorreu desta decisão para a Court of Appeal e ganhou, tendo então os detidos interposto recurso para a House of Lords.

Este tribunal supremo considerou que apesar da vigência do “estado de emergência resultante da ameaça terrorista”, a liberdade não devia ser injustificadamente tolhida: “The technical issue in this appeal is whether such a power can be justified on the ground that there exists a “war or other public emergency threatening the life of the nation” within the meaning of article 15 of the European Convention on Human Rights. But I would not like anyone to think that we are concerned with some special doctrine of European law. Freedom from arbitrary arrest and detention is a quintessentially British liberty, enjoyed by the inhabitants of this country when most of the population of Europe could be thrown into

prison at the whim of their rulers. It was incorporated into the European Convention in order to entrench the same liberty in countries which had recently been under Nazi occupation. The United Kingdom subscribed to the Convention because it set out the rights which British subjects enjoyed under the common law”

De acordo com o tribunal nem o facto de se tratar de uma “detenção entre três paredes”, pois era admitido que os detidos pudessem sair do país, neutralizava a violação do direito fundamental à liberdade, na medida em que dificilmente conseguiriam ter uma vida normal ou sequer ser aceites em outro país tendo o “rótulo” de “suspeitos de terrorismo”. Acrescia ainda que o facto de a medida da detenção por tempo indeterminado se limitar a estrangeiros, revelava que a mesma era discriminatória e desproporcionada – “that the choice of an immigration measure to address a security problem had the inevitable result of failing adequately to address that problem (by allowing non-UK suspected terrorists to leave the country with impunity and leaving British suspected terrorists at large) while imposing the severe penalty of indefinite detention on persons who, even if reasonably suspected of having links with Al-Qaeda, may harbour no hostile intentions towards the United Kingdom. The conclusion that the Order and section 23 are, in Convention terms, disproportionate is in my opinion irresistible.”

II – Resposta internacional e europeia: *as dificuldades da multi-level governance*

A resposta ao *terrorismo* conheceu também novos desenvolvimentos no direito internacional em complemento de medidas e orientações adoptadas desde a década de 60. Assim, a Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas instituiu o *Counter-Terrorism Committee (CTC)*, um organismo que é responsável pela implementação das 16 Convenções em matéria de terrorismo e que tem poder para adoptar um conjunto de *recomendações, códigos de práticas e standards* cujo objectivo é garantir o cumprimento das finalidades estabelecidas na mencionada Resolução:

criminalize the financing of terrorism; freeze without delay any funds related to persons involved in acts of terrorism; deny all forms of financial support for terrorist groups; suppress the provision of safe haven, sustenance or support for terrorists; share information with other governments on any groups practicing or planning terrorist acts; cooperate with other governments in the investigation, detection, arrest, extradition and prosecution of those involved in such acts; criminalize active and passive assistance for terrorism in domestic law and bring violators to justice.

Por seu turno, no plano europeu também se observaram, em decorrência dos ataques terroristas, algumas mudanças políticas que apontaram o caminho do reforço de uma *Política Externa de Segurança Comum (PESC)*, cuja instituição remonta ao Tratado de Maastricht de 1992, e que hoje tem consagração no Título V do Tratado da União Europeia, complementada por uma *Política Comum de Segurança e Defesa (PESD)* prevista nos arts. 42.ºss do TUE. Esta política conta actualmente com instrumentos concretos, quer no plano diplomático – criação do cargo de Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança (art. 21.º/3 do TUE) –, quer no plano militar – criação da Agência Europeia de Defesa (Acção Comum 2004/551/PESC, do Conselho, de 12 de Julho).

Neste concreto, podemos concluir que a União Europeia, através da criação de novos órgãos com o Tratado de Lisboa – Serviço Europeu para a Acção Externa (Decisão do Conselho, de 26 de Julho de 2010); Academia Europeia de Segurança e Defesa (Acção Comum 2008/550/PESC do Conselho, de 23 de Junho) Comité Permanente para a Cooperação Operacional em matéria de Segurança Interna (Decisão do Conselho, de 25 de Fevereiro de 2010) –, revela um claro interesse em reforçar este pilar da construção europeia, pese embora as dificuldades manifestas que vêm sendo registadas na prática e que não se prendem propriamente com a questão do terrorismo.

Na verdade, a União Europeia não adoptou medidas normativas específicas em matéria de contra-terrorismo (sem prejuízo da adopção de importantes instrumentos de *soft law* sobre a matéria – ex. COM 2004/698, COM 2004/701 e COM 2004/702 e o programa 2007-2013 de prevenção, preparação e gestão das consequências do terrorismo e de outros riscos

em matéria de segurança), o que se compreende na medida em que não existe um verdadeiro *direito penal europeu* (Miranda Rodrigues, 2008). Tal não invalidou, contudo, que tivesse optado por um *diálogo* com os referidos organismos especializados da ONU, empenhando-se na promoção de um combate global ao terrorismo no quadro do respeito pelos direitos fundamentais, o mesmo é dizer, vincando uma matriz jusfundamental europeia nesta matéria (*v. caso Kadi*); como ainda que tivesse incorporado em diversos diplomas legislativos normas de prevenção e combate ao terrorismo (sobretudo em matéria de restrições ao financiamento e combate ao branqueamento de capitais), tornando patente uma nova abordagem: a de que o *risco do terrorismo* constitui uma categoria que extrapola, em muito, o domínio estritamente penal ou mesmo policial, reclamando novos instrumentos jurídicos à generalidade do direito público.

Assim, no recente plano de trabalho da União Europeia em matéria de espaço de liberdade, segurança e justiça para o período de 2010-2014 (*Programa de Estocolmo* – 14.05.2010) fixaram-se diferentes objectivos complementares: implementar a Europa dos Direitos, baseada, essencialmente, na entrada em vigor da CDFUE; implementar a Europa da Justiça (reforço do papel do Eurojust) e a estratégia para a Europa no mundo globalizado, incluindo o tema da solidariedade e da imigração.

No documento pode ler-se que “[o] respeito pelo primado do direito, direitos e liberdades fundamentais é um dos aspectos fundamentais da acção antiterrorista global da União. As medidas de combate ao terrorismo têm de ser tomadas no pleno respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, a fim de não darem azo a contestação. A par disso, todas as partes envolvidas deverão evitar estigmatizar qualquer comunidade em especial e deverão desenvolver um diálogo intercultural, a fim de favorecer o conhecimento e a compreensão mútua. A União deve assegurar a mobilização de todos os dispositivos na luta contra o terrorismo, mas no pleno respeito dos direitos e liberdades fundamentais. O Conselho Europeu reafirma que a sua estratégia antiterrorismo se desenvolve em quatro vectores — prevenir, perseguir, proteger e reagir — a apela ao reforço do vector prevenção”.

E ainda que “[o] Conselho Europeu sublinha que é importante conhecer melhor os métodos de difusão da propaganda terrorista, inclusive na Internet.

Isso exigirá melhores recursos técnicos e um saber-fazer específico. É necessário desenvolver a segurança aérea e marítima, a par com a análise da ameaça e em cooperação com os operadores de transporte, a fim de minorar o seu impacto nos passageiros. Haverá que prestar maior atenção a alvos potenciais como os transportes públicos urbanos e as redes ferroviárias de alta velocidade, assim como as infra-estruturas de energia e abastecimento de água. O Conselho Europeu considera que os instrumentos de luta contra o financiamento do terrorismo devem ser adaptados às novas vulnerabilidades potenciais do sistema financeiro, bem como ao contrabando de dinheiro e aos serviços monetários, e aos novos métodos de pagamento utilizados pelos terroristas (...) A redução da vulnerabilidade aos ataques é um dos principais objectivos da acção da União no âmbito da protecção das infra-estruturas críticas da União, promovendo a sua avaliação e a necessidade de melhorar a sua protecção em devido tempo, a fim de ponderar a eventual inclusão de outras políticas sectoriais (...) bem a melhoria dos sistemas de gestão de catástrofes”.

O plano de acção do *Programa de Estocolmo* (COM 2010/171) revela os instrumentos a desenvolver no contexto da implementação desta estratégia, no âmbito dos quais destacamos a Directiva 2008/114/CE do Conselho, de 8 de Dezembro de 2008, atinente à identificação e designação das infra-estruturas críticas europeias e da protecção contra ataques químicos e nucleares. Esta Directiva foi recentemente transposta entre nós pelo Decreto-Lei n.º 68/2011, de 9 de Maio, no qual é possível verificar que a própria identificação deste tipo de infra-estruturas assenta em procedimentos dialógicos e de cooperação (cf. art. 9.º do referido diploma).

Neste contexto, verificamos que a estratégia europeia em matéria de combate e prevenção do terrorismo se aproxima mais do instrumentário típico do *direito do risco*, limitando o “perímetro” do direito penal e de polícia essencialmente à fixação de um *standard* europeu de direitos, liberdades e garantias fundamentais, que hoje encontra consagração expressa nos arts. 47.º a 50.º da CDFUE.

Assim, olhando para o panorama geral da reacção supra-estadual ao terrorismo parece-nos possível sublinhar a dificuldade de *governance* entre as orientações da ONU, mais próximas de um combate repressivo ao terrorismo

através da reponderação da segurança e da liberdade no quadro de um Estado de emergência ou de necessidade, o que significa uma preponderância da segurança, ao passo que o direito europeu se concentra mais no desenvolvimento de estratégias de prevenção diversificadas, mais centradas na *gestão da incerteza* (definição de infra-estruturas sensíveis e de planos de resposta a catástrofes), no *reforço das estruturas sociais de vigilância* (integração da interculturalidade e promoção do diálogo de culturas) e no *aprofundamento da cooperação entre os órgãos públicos* (cooperação judiciária, troca de informações, harmonização de práticas dentro do Europol e do Eurojust) e na fixação de uma *matriz europeia de jusfundamentalidade*, que em certos casos chega mesmo a colocar problemas de harmonização entre a protecção dos nacionais e as exigências europeias em matéria de extradição e direito de asilo.

Case Study XXII – Caso Kadi – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Proc. C – 415/05)

Precedentes: Em 15 de Outubro de 1999, o Conselho de Segurança adoptou a Resolução 1267 (1999), através da qual, designadamente, condenou o facto de continuar a ser dado acolhimento e treino a terroristas e de serem preparados actos terroristas em território afegão, reafirmou a sua convicção de que a repressão do terrorismo internacional é essencial para a manutenção da paz e da segurança internacionais e deplorou que os talibãs continuassem a dar guarida a Osama Bin Laden e a permitir que ele e os seus associados dirigissem uma rede de campos de treino de terroristas em território por eles controlado e utilizassem o Afeganistão como base para patrocinar operações terroristas internacionais.

Desta resolução resultou, entre outras coisas, a criação de um Comité do Conselho de Segurança (a seguir «comité de sanções»), encarregado, designadamente, de velar pela execução, por os Estados, das medidas impostas nessa resolução, identificar os fundos ou outros recursos financeiros visados e examinar os pedidos de derrogação às medidas impostas.

Tendo sido considerada essencial a colaboração da União Europeia para a execução desta Resolução, o Conselho Europeu adoptou, em 6 de Março de 2001, com base nos artigos 60.º CE e 301.º CE, o Regulamento (CE)

n.º 467/2001, que proíbe a exportação de certas mercadorias e de certos serviços para o Afeganistão, reforçando a proibição de voos, prorrogando o congelamento de fundos e de outros recursos financeiros aplicável aos [talibãs]. O Anexo I do Regulamento n.º 467/2001 contém a lista das pessoas, entidades e organismos visados pelo congelamento de fundos imposto pelo artigo 2.º desse mesmo regulamento. Nos termos do n.º 1 do seu artigo 10.º, a Comissão das Comunidades Europeias está habilitada a alterar ou a completar o referido Anexo I, com base nas decisões do Conselho de Segurança ou do comité de sanções.

Em 17 de Outubro e 9 de Novembro de 2001, o comité de sanções publicou duas novas adendas à lista recapitulativa, contendo, entre outros, o nome de «Al-Qadi, Yasin (A. K. A. Kadi, Shaykh Yassin Abdullah; A. K. A. Kabdi, Yasin), Jeddah, Saudi Arabia». Através do Regulamento (CE) n.º 2062/2001 da Comissão, de 19 de Outubro de 2001, que altera, pela terceira vez, o Regulamento (CE) n.º 467/2001 (JO L 277, p. 25), o nome de Y. A. Kadi foi acrescentado, ao Anexo I deste último regulamento. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância, Y. A. Kadi interpôs recurso de anulação do Regulamento n.º 467/2001, bem como do Regulamento n.º 2062/2001, pedindo a anulação dos regulamentos controvertidos na parte em que eles lhes diziam respeito. O requerente invocou três fundamentos, essencialmente relativos à violação dos seus direitos fundamentais: o primeiro fundamento era relativo à violação do direito de audição, o segundo, à violação do direito ao respeito da propriedade e do princípio da proporcionalidade, e o terceiro, à violação do direito a uma fiscalização jurisdicional efectiva. O Tribunal de Primeira Instância rejeitou todos os fundamentos relativos à violação dos direitos e negou integralmente provimento ao recurso.

Inconformado, Kadi interpôs recurso daquela decisão para o TJUE, invocando dois fundamentos, sendo o primeiro relativo à falta de base jurídica do regulamento controvertido e o segundo, à violação de várias regras de direito internacional pelo Tribunal de Primeira Instância e às consequências dessa violação na apreciação dos fundamentos relativos à violação de alguns dos seus direitos fundamentais, que tinha invocado no Tribunal de Primeira Instância.

Em decisão que é considerada marco para o direito europeu, pode ler-se no § 327 que “o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao declarar (...) que decorre dos princípios que regulam a articulação das relações entre o ordenamento jurídico internacional emanado das Nações Unidas e o ordenamento jurídico comunitário que o regulamento controvertido, uma vez que se destina a implementar uma resolução adoptada pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que não deixa margem alguma para o efeito, deve beneficiar de imunidade de jurisdição quanto à respectiva legalidade interna, salvo no que diz respeito à sua compatibilidade com as normas do jus cogens”.

De acordo com o entendimento firmado pelo TJCE nesta decisão, as normas de direito internacional prevalecem sobre o ordenamento jurídico europeu, mas têm de respeitar as condições impostas pelos princípios constitucionais da UE, o que significou, no caso concreto, a necessidade de anular as normas do regulamento europeu por violação do direito de defesa, designadamente, do direito ao contraditório.

Case Study XXIII – Caso B – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Proc. C- 57/09)

Precedentes: Em finais de 2002, B, nascido em 1975, entrou na Alemanha, onde pediu asilo e protecção como refugiado e, a título subsidiário, o benefício da proibição de expulsão para a Turquia. Quando ainda era estudante na Turquia, B tinha simpatizado com o Dev Sol (actual DHKP/C) e tinha apoiado a luta armada da guerrilha nas montanhas entre finais de 1993 e o início de 1995. Após ter sido detido, em Fevereiro de 1995, foi condenado a prisão perpétua. Em 2001, quando se encontrava preso, foi de novo condenado a prisão perpétua depois de ter assumido a responsabilidade pelo homicídio de outro detido suspeito de ser um delator. Em Dezembro de 2002, aproveitou um período de liberdade condicional de seis meses que lhe foi concedido em razão do seu estado de saúde, para abandonar a Turquia e fugir para a Alemanha.

O Bundesamt indeferiu o pedido de asilo de B, por ter considerado que não estavam preenchidos os requisitos do § 51, n.º 1, da Ausländergesetz, pois ao ter cometido crimes graves de direito comum, era aplicável a B

a segunda causa de exclusão prevista no § 51, n.º 3. Por sentença de 13 de Junho de 2006, o *Verwaltungsgericht Gelsenkirchen* (Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen) anulou a decisão do *Bundesamt* e instou essa autoridade a conceder o direito de asilo a B e a declarar a proibição de o expulsar para a Turquia. Por acórdão de 27 de Março de 2007, o *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* (Tribunal Administrativo Regional Superior da Renânia do Norte-Vestefália) negou provimento ao recurso interposto da referida sentença pelo *Bundesamt*, tendo considerado que devia ser reconhecido a B o direito de asilo, ao abrigo do artigo 16a da *Grundgesetz*, bem como o estatuto de refugiado. Esse órgão jurisdicional considerou, em particular, que a causa de exclusão invocada pelo *Bundesamt* deve ser entendida no sentido de que não visa apenas punir um crime grave de direito comum cometido no passado mas também prevenir o perigo que o requerente poderia representar para o Estado-Membro de refúgio, e de que a sua aplicação exige uma apreciação global do caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade.

Inconformado, o *Bundesamt* interpôs recurso de «Revision» para o *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Federal Administrativo), invocando a aplicação da segunda e terceira causas de exclusão previstas no § 60, n.º 8, segunda frase, da *Aufenthaltsgesetz* (e em seguida no § 3, n.º 2, pontos 2 e 3, da *AsylVfG*) e alegando que, contrariamente à tese adoptada pelo órgão jurisdicional de recurso, esses dois casos de exclusão não implicam a existência de um perigo para a segurança da República Federal da Alemanha nem um exame da proporcionalidade à luz do caso concreto. Alegou ainda que o art. 12.º da Directiva 2004/83/CE – normas mínimas relativas aos requisitos de concessão do estatuto de refugiado ou do estatuto conferido pela protecção subsidiária, constituía legislação obrigatória para os Estados. O *BVG* interpôs um reenvio prejudicial para o *TJCE* perguntando, entre outras coisas, se estaríamos perante um crime grave de direito comum ou um acto contrário aos objectivos e princípios das Nações Unidas, na acepção do artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) e c), da [d]irectiva [...], quando o requerente pertenceu a uma organização indicada na lista [das] pessoas, grupos e entidades que figura em anexo à Posição Comum [2001/931] e que utiliza métodos terroristas, e o requerente apoiou

activamente a luta armada desta organização? Tendo o TJUE estabelecido que o artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) e c), da Directiva 2004/83/CE, deve ser interpretado no sentido de que, o facto de uma pessoa ter pertencido a uma organização inscrita na lista que constitui o anexo da Posição Comum 2001/931/PESC do Conselho, de 27 de Dezembro de 2001, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo, em razão da sua implicação em actos de terrorismo e de ter apoiado activamente a luta armada dessa organização não pode suscitar automaticamente uma suspeita grave de que essa pessoa cometeu um «crime grave de direito comum» ou «actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas»; a constatação, em tal contexto, de que existem suspeitas graves de que uma pessoa cometeu um crime dessa natureza ou praticou tais actos está sujeita a uma apreciação casuística de factos precisos a fim de determinar se actos praticados pela organização em causa preenchem os requisitos estabelecidos pelas referidas disposições e se é possível imputar à pessoa em causa uma responsabilidade individual pela prática desses actos, tendo em conta o nível de prova exigido pelo artigo 12.º, n.º 2.

III – Uma proposta alternativa: o *risco do terrorismo* como nova categoria dogmática

As categorias jurídicas do *risco* e da *sociedade de risco* foram-nos apresentadas por Beck e Luhman como realidades distintas do *perigo*, na medida em que visavam construir forma de reacção perante o desconhecido e não a ameaça e probabilidade de verificação de um resultado lesivo conhecido. De resto, cumpre recordar que o perigo enquanto categoria típica do direito penal justifica e legitima uma especial ponderação entre liberdade e segurança típica dos crimes de perigo (Faria Costa, 1992), cuja eficácia na dissuasão dos comportamentos tendentes a gerar o perigo depende ainda, *a posteriori*, da maior ou menor eficácia do direito de polícia e do sistema judicial.

Mas o direito de polícia e o direito penal tradicionais, baseados na prevenção e na repressão de ameaças concretas ou abstractas, mas determináveis, não são aptos para lidar com a categoria do *risco terrorista global*, como a

doutrina desde cedo denunciou e a prática mais recente pôs em evidência. A dogmática desenvolvida durante o séc. XX, tendente ao apuramento de um Estado de Direito no qual o balanceamento entre segurança e liberdade permitisse revelar meios legítimos de actuação policial no combate e na prevenção da criminalidade, perde sustentação quando o valor que é atacado radica na própria organização social tal como ela se encontra construída no seu todo, e não em aspectos parcelares dessa organização (ex. um simples ataque aos sistemas democráticos ou às liberdades políticas), ou em valores que a sustentam (ex. liberdade religiosa, autodeterminação, etc.) – um cartel de droga dispõe de uma organização concorrente com o Estado, mas não tem como finalidade destruir o Estado, uma seita religiosa pretende subjugar a organização do poder laico, mas não pretende desagregar a comunidade.

A *prevenção da criminalidade* desenvolve-se, primariamente, no meio político, cabendo a sua execução a um direito de polícia fortemente restringido pelos princípios e pelas exigências do Estado de Direito, assente, desde logo, no respeito pela dignidade da pessoa humana, pelas liberdades fundamentais do indivíduo, mas a *neutralização da ameaça terrorista*, ao reportar-se à prevenção perante o desconhecido, não consegue enquadrar-se nestes cânones. Trata-se de uma incerteza que, em nosso entender, não se diferencia significativamente dos riscos típicos da sociedade tecnológica, estando até umbilicalmente ligada a eles, uma vez que são estes os responsáveis por ter tornado a nossa sociedade mais vulnerável à *ameaça terrorista* (em sentido contrário Canotilho, 2008, pp. 241). À questão formulada por Vieira de Andrade quanto à possibilidade de o terrorismo convocar um princípio de prevenção especial e com isso poder legitimar a restrição de direitos pessoais dispensando a exigência de um perigo concreto, bastando-se com o risco, respondemos convictamente de forma negativa (Vieira de Andrade, 2006, pp. 133).

Na verdade, o *risco terrorista* não constitui, na nossa opinião, uma categoria criminal a que o direito de polícia deva constituir o único mecanismo para fazer frente, não subscrevemos, pois, as teses do “direito penal contra o inimigo” (Canotilho, 2008, pp. 235), mas sim uma categoria mais ampla, integrada no direito público geral, para a qual este mesmo direito público deve ser chamado a construir as soluções. Talvez este – o terrorismo – possa vir a ser um novo elemento de ponte não só entre o direito constitucional

e o direito administrativo, mas também entre estes e o direito penal, no contexto da actual reconstrução geral do direito público. O que mudou com o terrorismo global não foi a intensidade da ameaça, mas sim a vulnerabilidade da organização social (não é o agente lesivo que é mais poderoso, mas sim a organização da sociedade que permite que se “faça mais com menos” como os ataques da Noruega em 2011 mostraram de forma clara).

Por essa razão, o problema não radica, ou não radica apenas, na prevenção policial, mas sim na prevenção segundo os *esquemas de gestão do risco*, em que o primeiro estágio é o da produção do conhecimento em matéria do alcance do risco (ex. nuclear) e das formas de resposta (ex. melhoria dos sistemas de reacção a casos de catástrofe).

Qualquer indivíduo pode provocar uma catástrofe independentemente daquilo que o motive a fazê-lo, mas nunca como hoje foi tão fácil alcançar esse resultado, porque nunca como hoje a organização da sociedade apresentou tantos pontos vulneráveis (fugas radioactivas, sistemas de abastecimento de água, sistemas informáticos de gestão de tráfego aéreo e ferroviário, barragens). A doutrina alemã denuncia precisamente os dois pontos essenciais do problema no actual plano jurídico: 1) o reequilíbrio reclama uma nova ponderação entre segurança, liberdade e igualdade, que exigirá também uma nova conscientização da população quanto ao *alcance dos direitos* ou das *normas de protecção* (ex. divulgação de escutas telefónicas, rastreabilidade de comunicações digitais ou *scanners corporais* em aeroportos); 2) o realismo económico obriga à informação sobre os *riscos inevitáveis* (ex. atentados em eventos culturais ou de massas) e o *risco residual* (ex. o risco da energia nuclear que, por ora, não pode ser eliminado por não existirem fontes alternativas de igual capacidade de geração).

IV – As “descontinuidades democráticas” do transconstitucionalismo e a resiliência dos direitos de participação política na arena global

As considerações anteriores e os casos analisados permitem-nos compreender as dificuldades que a *standardização* dos direitos fundamentais enfrenta no contexto da transição de um *Estado constitucional* para o

transconstitucionalismo. Se na parte dos direitos económicos e sociais a *standardização* surge como consequência da globalização económica – promovida pela mudança de paradigma económico, orientada pelas instâncias internacionais e imposta pela decorrente asfixia fiscal dos Estados – na parte das liberdades fundamentais, pudemos perceber que nem a luta contra um fenómeno tão especial como o terrorismo parece ser capaz de anular a força da matriz cultural constitucional de cada Estado.

Com efeito, à generalização do discurso da segurança veiculado pelas organizações internacionais sobrepôs-se a cultura nacional do respeito pelos direitos. É importante destacar que as primeiras iniciativas de base política, traduzidas na construção de uma estratégia global do contra-terrorismo sob a égide da ONU, e na reacção mimética dos países na aprovação de regimes legais especiais de luta contra o terrorismo, envolvendo ainda entidades supranacionais como a União Europeia, acabaram *corrigidas* pela mão judicial que veio relembrar o *mosaico constitucional dos direitos e liberdades fundamentais*. Um ponto que servirá, sobretudo, para nos guiar na conclusão final deste curso quando procedermos à análise das vias metodológicas da jurisprudência no *transconstitucionalismo*.

Antes, porém, importa frisar as *descontinuidades democráticas* que subjazem à fixação de *standards* na *teia jusfundamental* do *transconstitucionalismo*, mesmo no domínio das liberdades fundamentais. Sublinhávamos no início desta parte, apoiados na doutrina alemã, que a *reserva de lei* em matéria de *restrição de direitos, liberdades e garantias* constituía a expressão pela comunidade do *quatum de liberdade* que a mesma estava determinada a opôr aos Estados, sendo esta também uma forma de garantir a igualdade. Todavia, pudémos perceber pela análise subsequente que a dimensão legislativa, a qual neste plano consubstancia a expressão do poder democrático, foi a que menos se destacou e a que mais soçobrou. Com efeito, sobre as imperfeitas expressões legislativas, prevaleceram as decisões e as estratégias intergovernamentais, quer as adoptadas no plano internacional (ONU e respectivos Conselhos), quer as adoptadas no plano europeu (documentos e normas do Conselho Europeu), e as interpretações constitucionais da jurisprudência na construção deste *standard* ou, se preferirmos, na determinação do balanceamento entre segurança e liberdade.

Um resultado que mostra o enfraquecimento da lei e do poder democrático, em grande medida arredado pela complexidade e pelas interdependências, que acabam retirando espaço à cidadania. Atrevemo-nos por isso a dizer que o primeiro grande desafio do *transconstitucionalismo* é resolver as “descontinuidades democráticas”. Mas a esta questão sobrepõe-se outra, será possível e avisado fazê-lo? Será possível constituir a cidadania europeia que pretende a Europa ou essa cidadania é também ela um conceito novo, um *status* que se sobrepõe ao nacional, mas sem alcançar toda a sua extensão? E mais, será avisado destruir a cidadania nacional e construir outras formas de cidadania que possam sobrepor-se e ensombrar a primeira? Regressamos ao problema do direito constitucional como cultura.

Talvez, por isso, o *transconstitucionalismo* não seja um método democrático nem tenha de sê-lo enquanto se apresentar como um *diálogo leal* entre estruturas democráticas. Todavia, este esquema é complexo não só para os seus actores, mas também para os destinatários que se vêem muitas vezes confrontados com uma opacidade no momento de reagir contra os centros de decisão, sendo essa reacção – acolhida no contexto dos direitos de participação política – uma válvula de segurança e de garantia da ordem pública. Pergunta-se então: como resistem os direitos de participação política na arena global?

O art. 12.º da CDFUE consagra a *liberdade de reunião e de associação* no nível europeu, que para alguns autores, analisado conjuntamente com o modelo de *governance* da União Europeia (Livro Branco da Governança Europeia – Com 2001/428), constitui uma expressão da relevância do princípio democrático neste nível, em especial das novas expressões deste princípio – *reforço da participação através do envolvimento da sociedade civil* – (Callies/Ruffert, 2007, pp. 2585), capaz de continuar a garantir o “funcionamento da participação democrática e cívica” no modelo do transconstitucionalismo. Diríamos até, como o referido modelo de *governance* da União Europeia pretende sublinhar, que estes direitos acabam, no plano transconstitucional, por se revelar tão ou mais eficazes do que no plano nacional.

Com efeito, o *caso Schmidberger* mostra-nos a importância do reconhecimento no plano europeu do direito de manifestação e a forma como este direito fundamental ganha densidade neste plano, quando a participação

política e partidária parece estar ainda longe destes objectivos. Nem os partidos nem os sindicatos provaram por agora ter conseguido acompanhar a mudança, embora a jurisprudência do TJCE nos permita perceber que a subsistência de algum “paroquialismo” destas instituições (mesmo depois da instituição de partidos europeus, famílias partidárias e de federações sindicais) não é suficiente para pôr em crise a eficácia dos direitos de participação política na arena europeia. Uma visão que sai muito reforçada no *caso Laval*, através do qual se compreende que os sindicatos podem garantir protecção aos trabalhadores deslocados.

Já o *caso Viking* revela as dificuldades de afirmação dos direitos de participação política perante a prevalência das liberdades do Tratado, enquanto o *caso Barcenilla Fernández* mostra que a protecção dos direitos de segurança e saúde no trabalho conhecem na internormatividade um nível de protecção mais adequado por força do direito europeu.

Case Study XXIV – Caso Schmidberger – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Proc. C- 112/00)

Precedentes: Em 15.05.1998, a associação Transitforum Austria Tirol, cujo objecto é a «protecção do espaço vital na região dos Alpes», informou a Bezirksbauptmannschaft Innsbruck, nos termos dos §§ 2 da VslgG e 86 do StVO, que teria lugar uma manifestação na auto-estrada de Brenner (A 13) das 11 horas de 12.06.1998, Sexta-feira, às 15 horas de 13.06.1998, Sábado, e que durante este período haveria um corte desta auto-estrada no troço compreendido entre a área de descanso de Europabrücke e a portagem de Schönberg (Áustria). Em 21.05.1998, a Bezirksbauptmannschaft pediu instruções à Sicherheitsdirektion für Tirol em relação à manifestação anunciada. Em 3.6.1998, a Sicherheitsdirektion deu ordem para não proibir a mesma. Em 10.05.1998, ocorreu uma reunião de diversas autoridades locais para garantir o desenrolar normal da referida manifestação.

A Schmidberger é uma empresa de transportes internacionais estabelecida em Rot an der Rot (Alemanha) que dispõe de seis veículos pesados «silenciosos e não poluidores» com atrelados. A sua actividade principal consiste em transportar madeira da Alemanha para a Itália e aço da Itália para a Alemanha. Para este efeito, os veículos pesados utilizam

sobretudo a auto-estrada de Brenner. Esta empresa propôs uma acção no Landesgericht Innsbruck (Áustria) visando a condenação da República da Áustria no pagamento de uma indemnização de 140 000 ATS a título de perdas e danos, com fundamento na impossibilidade de cinco dos seus camiões utilizarem a auto-estrada de Brenner durante quatro dias consecutivos.

A República da Áustria conclui pela improcedência desta acção, com fundamento de que a decisão de não proibir a manifestação anunciada tinha sido tomada depois de um exame minucioso da situação de facto, após as informações sobre a data do corte da auto-estrada de Brenner terem sido previamente difundidas na Áustria, na Alemanha, bem como na Itália, e pelo facto de a manifestação não causar grandes engarrafamentos nem outros incidentes. O entrave à livre circulação resultante de uma manifestação deve ser autorizado quando o obstáculo que esta manifestação cria não é permanente nem sério. A apreciação dos interesses em causa deve pender a favor das liberdades de expressão e de reunião, uma vez que numa sociedade democrática os direitos fundamentais são intangíveis.

A Schmidberger recorreu, então, desta sentença para o Oberlandesgericht Innsbruck, que considerou que deveriam ser tomadas em conta as exigências do direito comunitário quando estão em causa, como no caso em apreço, pelo menos em parte, direitos que nele se fundamentam, designadamente se o princípio da livre circulação de mercadorias, eventualmente conjugado com as disposições do Tratado, impõe a um Estado-Membro que garanta o livre acesso aos principais itinerários de circulação e se esta obrigação prevalece sobre os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a liberdade de reunião, garantidas pelos artigos 10.º e 11.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH»). Por essa razão, interpôs, reenvio prejudicial para o TJUE, o qual estabeleceu que o facto de as autoridades nacionais competentes de um Estado-Membro não terem proibido uma manifestação nas circunstâncias como as do caso em apreço no processo principal não era incompatível com os artigos 28.º e 29.º TFUE, conjugados com o artigo 13.º do TUE.

Case Study XXVII – Laval – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Proc. C-341/05)

Precedentes: A Laval, sociedade de direito letão, com sede em Riga, destacou para a Suécia, entre Maio e Dezembro de 2004, cerca de 35 trabalhadores, para a realização de obras da L&P Baltic Bygg AB (a seguir «Baltic»), sociedade de direito sueco cujo capital era detido a 100% pela Laval até ao fim de 2003, designadamente, para a construção de um estabelecimento escolar em Vaxholm.

A Laval, que tinha assinado, na Letónia, em 14 de Setembro e 20 de Outubro de 2004, convenções colectivas com o sindicato letão dos trabalhadores de construção, não estava vinculada por nenhuma convenção colectiva celebrada com o Byggnads, a Byggettan ou o Elektrikerna (sindicatos suecos do sector), os quais não tinham nenhum membro que fizesse parte do pessoal da Laval. Cerca de 65% dos trabalhadores letões em causa eram membros do sindicato dos trabalhadores de construção no seu Estado de origem.

Durante o mês de Junho de 2004 foram estabelecidos contactos entre a Byggettan, por um lado, e a Baltic e a Laval, por outro, e foram entabuladas negociações com vista à adesão da Laval à convenção colectiva da construção civil. Na reunião de negociação de 15 de Setembro de 2004, a Byggettan tinha exigido que a Laval aderisse à convenção colectiva da construção civil para a obra de Vaxholm e ainda que garantisse que os trabalhadores destacados receberiam uma remuneração horária de 145 SEK (cerca de 16 euros). Essa remuneração horária baseava-se nas estatísticas salariais da região de Estocolmo (Suécia), para o primeiro trimestre de 2004, relativas aos trabalhadores dos sectores do betão e da madeira titulares de um certificado de formação profissional. A Laval opôs-se e declarou, no decurso do procedimento no Arbetsdomstolen, que pagava aos seus trabalhadores um salário mensal de 13 600 SEK (cerca de 1 500 euros), a que acresciam diversos benefícios em espécie para refeições, alojamento e viagens, no valor de 6 000 SEK (cerca de 660 euros) por mês. Malogradas as negociações, a Byggettan pediu ao Byggnads que adoptasse medidas destinadas a desencadear contra a Laval a acção colectiva anunciada na reunião de negociação de 15 de Setembro de 2004, para o efeito foi

depositado um pré-aviso em Outubro de 2004 – e o bloqueio da obra de Vaxholm teve início em 2 de Novembro seguinte.

Esse bloqueio consistiu, designadamente, em impedir a entrega de mercadorias na obra, na organização de piquetes de greve e em impedir os trabalhadores letões e os veículos de entrarem na obra. A Laval pediu a assistência das forças policiais, as quais a informaram de que, sendo a acção colectiva lícita segundo o direito nacional, não podiam intervir nem remover os obstáculos físicos que impediam o acesso à obra. O litígio manteve-se e mesmo depois do regresso à Letónia dos trabalhadores destacados para aquela obra, outras organizações sindicais anunciaram acções de solidariedade que consistiam num boicote de todas as obras da Laval na Suécia, embora esta empresa já não estivesse em condições de exercer as suas actividades no território deste Estado-Membro. Em Fevereiro de 2005, a cidade de Vaxholm pediu a rescisão do contrato que a vinculava à Baltic e, em 24 de Março de 2005, esta última foi declarada em situação de falência.

Inconformada, a Laval tentou no Arbetsdomstolen uma acção contra o Byggnads, a Byggettan e o Elektrikerna, em que pedia que fosse declarada a ilegalidade tanto do bloqueio como da acção de solidariedade que afectava todas as suas obras e que fosse ordenada a sua cessação. Pediu igualmente que essas organizações sindicais fossem condenadas a indemnizá-la do prejuízo sofrido.

Interrogando-se sobre a questão de saber se os artigos 12.º CE e 49.º CE (actuais arts. 18.º e 56.º TFUE) e a Directiva 96/71 se opunham a que as organizações sindicais tentassem obrigar, através de uma acção colectiva, uma empresa estrangeira que destacava trabalhadores para a Suécia a aplicar uma convenção colectiva sueca, o Arbetsdomstolen decidiu, em 29 de Abril de 2005, suspender a instância e submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Na decisão de reenvio, adoptada em 15 de Setembro de 2005, esse órgão jurisdicional colocou as seguintes questões prejudiciais:

«1) É compatível com as normas do Tratado sobre a livre circulação de serviços e a proibição de discriminação em razão da nacionalidade, assim como com a directiva [96/71] [...], que organizações sindicais de

trabalhadores, através de uma acção colectiva sob a forma de um [bloqueio], procurem levar uma empresa prestadora de serviços estrangeira a subscrever no país de acolhimento uma convenção colectiva respeitante às condições de trabalho e de emprego, como a [convenção colectiva da construção civil], se a legislação no país de acolhimento que transpôs a [referida directiva] não contiver nenhuma disposição expressa sobre a aplicação das condições de trabalho e de emprego das convenções colectivas?

2) A [MBL] proíbe acções colectivas sindicais com o objectivo de afastar a aplicação de uma convenção colectiva celebrada entre outros parceiros sociais. Contudo, esta proibição só se aplica, nos termos de uma disposição especial que faz parte da denominada 'lex Britannia', quando uma organização desencadeia uma acção colectiva a propósito das condições de trabalho às quais seja directamente aplicável a [MBL], o que, na prática, implica que a proibição não se aplica às acções colectivas contra as empresas estrangeiras que operam temporariamente no país com a sua própria mão-de-obra. As normas do Tratado CE sobre a livre circulação de serviços e a proibição de discriminação em razão da nacionalidade, assim como a directiva relativa ao destacamento, obstam à aplicação desta disposição especial – que, conjuntamente com outras partes da lex Britannia, implica, na prática, que as convenções colectivas suecas são aplicáveis e prevalecem sobre convenções colectivas estrangeiras já em vigor – a uma acção colectiva sob a forma de um [bloqueio] exercido pelas organizações sindicais de trabalhadores suecas contra uma empresa prestadora de serviços estrangeira?»

Questões a que o TJCE respondeu da seguinte forma: “Os artigos 49.º CE e 3.º da Directiva 96/71/CE (...), devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que, num Estado-Membro onde as condições de trabalho e de emprego relativas às matérias referidas no artigo 3.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alíneas a) a g), desta directiva estão previstas por disposições legislativas, com excepção das remunerações salariais mínimas, uma organização sindical possa tentar obrigar, através de uma acção colectiva sob a forma de um bloqueio de obras, como a que está em causa no processo principal, um prestador de serviços estabelecido noutra Estado-Membro a encetar negociações com ela sobre as remunerações salariais que devem ser

pagas aos trabalhadores destacados, bem como a aderir a uma convenção colectiva cujas cláusulas estipulam, para algumas das referidas matérias, condições mais favoráveis do que as resultantes das disposições legislativas pertinentes, ao passo que outras cláusulas têm por objecto matérias não mencionadas no artigo 3.º da referida directiva.

Os artigos 49.º CE e 50.º CE opõem-se a que, num Estado-Membro, a proibição imposta às organizações sindicais, de desencadear uma acção colectiva com o objectivo de revogar ou de modificar uma convenção colectiva celebrada por terceiros, seja subordinada à condição de que a acção diga respeito a condições de trabalho e de emprego às quais a lei nacional se aplica directamente”.

Case Study XXV – Viking – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Proc. C- 438/05)

Precedentes: A Viking, uma sociedade de direito finlandês, é um importante operador de transportes por ferryboats. Explora sete navios, entre os quais o Rosella, que assegura, sob pavilhão finlandês, a ligação marítima entre Talin (Estónia) e Helsínquia (Finlândia). O FSU é um sindicato finlandês de trabalhadores marítimos que conta cerca de 10 000 membros. Os membros da tripulação do Rosella estão inscritos nesse sindicato. O FSU está filiado na ITF, que é uma federação internacional de sindicatos de trabalhadores do sector dos transportes, cuja sede está situada em Londres (Reino Unido). A ITF agrupa 600 sindicatos estabelecidos em 140 Estados diferentes.

Uma das principais políticas da ITF é a sua campanha de luta contra os pavilhões de conveniência. Esta política tem como objectivos essenciais, por um lado, estabelecer um elo genuíno entre o pavilhão de um navio e a nacionalidade do proprietário e, por outro, proteger e melhorar as condições de trabalho das tripulações dos navios que arvoram pavilhão de conveniência. A ITF considera que um navio está registado sob pavilhão de conveniência quando a propriedade efectiva e o controlo do navio se encontrem num Estado diferente do Estado do pavilhão sob o qual o navio está matriculado. Apenas os sindicatos do Estado onde se encontra o proprietário efectivo de um navio têm o direito, em conformidade com a política da ITF, de celebrar acordos colectivos relativos a esse navio.

Esta campanha de luta contra os pavilhões de conveniência é levada a cabo através de boicotes e de outras acções de solidariedade entre os trabalhadores.

Enquanto o Rosella arvorar pavilhão finlandês, a Viking é obrigada, por força do direito finlandês e da convenção colectiva de trabalho aplicável, a pagar à tripulação salários de nível idêntico ao dos praticados na Finlândia. Ora, os salários pagos às tripulações estónias são inferiores aos que são pagos às tripulações finlandesas. A actividade de exploração do Rosella foi deficitária devido à concorrência directa dos navios estónios, que asseguram a mesma ligação a custos salariais inferiores. Em vez de ceder o referido navio, a Viking planeou, durante o mês de Outubro de 2003, mudar o pavilhão do mesmo, registando-o na Estónia ou na Noruega, a fim de poder celebrar uma nova convenção colectiva com um sindicato estabelecido num destes Estados. A Viking, em conformidade com o direito finlandês, informou do seu projecto o FSU e a tripulação do Rosella. Em reuniões decorridas entre as partes, o FSU manifestou claramente a sua oposição a esse projecto. Em 4 de Novembro de 2003, o FSU enviou uma mensagem electrónica à ITF, informando-a do projecto de mudança de pavilhão do Rosella. Esta mensagem continha, além disso, a indicação de que «a propriedade efectiva do Rosella se encontra na Finlândia, pelo que o FSU conserva o direito de negociação com a Viking». O FSU pediu à ITF que transmitisse esta informação a todos os sindicatos filiados, convidando-os a não negociarem com a Viking. Em 1 de Maio de 2004, a República da Estónia tornou-se membro da União Europeia.

Em 18 de Agosto de 2004, a Viking intentou na High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Reino Unido), uma acção na qual pedia que a acção da ITF e do FSU fosse declarada contrária ao artigo 49.º TFUE, que fosse ordenada a revogação da circular ITF e que o FSU fosse intimado a não colocar entraves aos direitos de que a Viking goza ao abrigo do direito comunitário. Por decisão de 16 de Junho de 2005, o referido órgão jurisdicional acolheu o pedido da Viking, por considerar que tanto a acção colectiva como a ameaça de acção colectiva da ITF e do FSU impunham restrições à liberdade de estabelecimento contrárias ao artigo 49.º TFUE e, subsidiariamente, constituíam restrições ilegais à livre circulação dos trabalhadores e à livre

prestação de serviços, na aceção dos artigos 45.º TFUE e 56.º TFUE. Em 30 de Junho de 2005, a ITF e o FSU interpuseram no órgão jurisdicional de reenvio recurso dessa decisão. Colocando-se, assim, a questão de saber se é intenção do Tratado proibir uma acção sindical se esta tiver por objectivo impedir uma entidade patronal de utilizar, por razões económicas, a liberdade de estabelecimento.

O TJUE decidiu o seguinte: O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que, em princípio, não está subtraída ao seu âmbito de aplicação uma acção colectiva desencadeada por um sindicato ou um grupo de sindicatos contra uma empresa privada a fim de induzir esta última a celebrar uma convenção colectiva cujo conteúdo pode dissuadi-la de exercer a liberdade de estabelecimento. O artigo 49.º TFUE é susceptível de conferir a uma empresa privada direitos que podem ser oponíveis a um sindicato ou a uma associação de sindicatos. O artigo 49.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que acções colectivas como as que estão em causa no processo principal, que visam induzir uma empresa cuja sede está situada num Estado-Membro determinado a celebrar uma convenção colectiva de trabalho com um sindicato estabelecido nesse Estado e a aplicar as cláusulas previstas nessa convenção aos trabalhadores de uma filial da referida empresa estabelecida noutro Estado-Membro, constituem restrições na aceção do referido artigo. Estas restrições podem, em princípio, ser justificadas pela protecção de uma razão imperiosa de interesse geral, como a protecção dos trabalhadores, na condição de se provar que são aptas a garantir a realização do objectivo legítimo prosseguido e não ultrapassam o necessário para o alcançar.

Case Study XXVI – Caso Barcenilla Fernández – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Proc. C-256/10 e C-261/10)

Precedentes: Os recorrentes nos processos principais, empregados da empresa Gerardo, dedicam-se ao fabrico de materiais de pedra a partir de pedras naturais e trabalham habitualmente numa máquina cortadora automática. O nível de ruído no local de trabalho supera a média diária de 85 dB(A). Para remediar esta situação, o empregador entregou-lhes um equipamento de protecção auricular individual. Graças à atenuação

proporcionada por esse equipamento, a exposição diária dos recorrentes nos processos principais ao ruído reduziu-se para um nível inferior a 80 dB(A).

Os recorrentes reclamaram o pagamento de um complemento salarial, em conformidade com o artigo 27.º da convenção colectiva, devido às condições difíceis do seu posto de trabalho, resultantes da exposição a um nível de ruído no local de trabalho que supera a média diária de 85 dB(A). Os seus pedidos foram considerados improcedentes pelo Juzgado de lo Social que entendeu que o empregador respeitava o Real Decreto 86/2006, que transpõe a Directiva 2003/10. Segundo esse tribunal, o efeito de atenuação do ruído assegurado pelo equipamento de protecção auricular individual deve ser tomado em conta para se estabelecer se as condições do posto de trabalho devem ser consideradas difíceis. Na sua decisão, o Juzgado de lo Social seguiu a jurisprudência do Tribunal Supremo, segundo a qual a atenuação do ruído assegurada pelo equipamento de protecção auricular individual deve ser tomada em conta para determinar se o trabalhador está exposto a condições difíceis no seu posto de trabalho, interpretando o conceito de «dificuldade» à luz da Directiva 2003/10 e do direito nacional que a transpõe, deduzindo que estes têm o objectivo de proteger o trabalhador contra os riscos sanitários associados a uma exposição efectiva ao ruído. Por conseguinte, inexistiria dificuldade caso uma protecção auricular individual permitisse reduzir o ruído que atinge os ouvidos para um nível inferior a 80 dB(A). Todavia, o Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León teve dúvidas quanto à compatibilidade da jurisprudência do Supremo com o direito europeu, alegando que a obrigação de pagar um complemento salarial em função das dificuldades das condições de trabalho, prevista no artigo 27.º da convenção colectiva, depende do respeito da entidade patronal pelas obrigações decorrentes da Directiva 2003/10 e do Real Decreto 286/2006. O efeito útil desta directiva seria contrariado se uma entidade patronal se pudesse eximir da obrigação de pagar esse complemento salarial pelo simples facto de ter colocado à disposição dos seus empregados as protecções auriculares, mesmo que não tenha respeitado as exigências da referida directiva relativamente às obrigações preventivas aí instituídas.

Por essa razão faz um reenvio prejudicial, tendo o TJUE esclarecido que a Directiva em causa, deve ser interpretada no sentido de que uma

entidade patronal de uma empresa em que o nível diário de exposição dos trabalhadores ao ruído se situa acima dos 85 dB(A), medido sem ter em conta os efeitos da utilização dos protectores auriculares individuais, não cumpre as obrigações resultantes desta directiva por simplesmente ter colocado à disposição dos trabalhadores tais protectores auriculares que permitem reduzir a exposição diária ao ruído para menos de 80 dB(A), tendo esta entidade patronal a obrigação de executar um programa de medidas técnicas ou organizativas destinadas a reduzir tal exposição ao ruído para um nível inferior a 85 dB(A), medido sem ter em conta os efeitos da utilização dos protectores auriculares individuais.

A Directiva deve ser interpretada no sentido de que não exige de uma entidade patronal o pagamento de um complemento salarial aos trabalhadores que são expostos a um nível de ruído superior a 85 dB(A), medido sem ter em conta o efeito da utilização dos protectores auriculares individuais, por simplesmente não ter executado um programa de medidas técnicas ou organizativas destinadas a reduzir o nível diário de exposição ao ruído. Todavia, o direito nacional deve prever os mecanismos adequados para assegurar que um trabalhador exposto a um nível de ruído superior a 85 dB(A), medido sem ter em conta o efeito da utilização dos protectores auriculares individuais, possa exigir o respeito, por parte da entidade patronal, das obrigações preventivas previstas no artigo 5.º, n.º 2, desta directiva.

Daqui se infere que o nível europeu se preocupa fundamentalmente com a saúde pública no local de trabalho, uma vez que tanto desconsidera a solução economicista a favor do empregador, que promove uma solução de redução do ruído a menor custo para o empregador, mas desrespeitando o comportamento devido, como uma solução economicista a favor do trabalhador, que opta por requerer um complemento salarial em vez de exigir as condições de trabalho adequadas.

CONCLUSÃO

O estudo dos direitos fundamentais na arena global teve como primeiro propósito a sensibilização para os problemas que hoje existem no mosaico geral da internormatividade quando optamos pela perspectiva cosmopolita e olhamos para o Estado e para os seus cidadãos nas interligações que resultam do actual contexto normativo global.

Percebemos que alguns dos pontos essenciais da metodologia tradicional de aplicação dos direitos fundamentais são postos em crise e o primado da legalidade na restrição de direitos, assim como a ponderação jurisprudencial com acesso directo ao texto constitucional têm de ceder lugar a novas propostas fundadas na construção da solução através do diálogo intercultural e multinível e da fixação de *standards* tidos como verdadeiros *aquis* da humanidade. Pudemos também perceber que a protecção supranacional dos direitos fundamentais não consubstancia, em si, maior garantia, na medida em que nem sempre esses tribunais superiores – internacionais ou regionais, genéricos ou de competência especializada – estão verdadeiramente a “guardar” um conjunto de valores. Pelo contrário, o roteiro por diversos *case studies* permitiu-nos pôr em evidência a natureza intrinsecamente comprometida de muitas decisões.

Também os dois domínios de teste escolhidos – a socialidade e o terrorismo – não deram mostras de que a *universalização dos direitos* possa corresponder a uma suplantação do modelo cultural dos direitos fundamentais. Pelo contrário, a análise da socialidade mostrou que o grande desafio radica nos princípios que dizem respeito à aplicação destes direitos e no ajustamento dos *standards* ao novo modelo económico, o que também irá

envolver uma maior diferenciação em função da capacidade económica que a Sociedade consiga alcançar no quadro das políticas gizadas pelos decisores públicos, onde a sustentabilidade passará a assumir um papel essencial e a redistribuição terá tendência a limitar-se a esquemas base de coesão selectiva (neutralizadores de boleias) e a acções de combate à pobreza.

Já o terrorismo permitiu-nos compreender que a coordenação a nível supranacional de estratégias de segurança não irá tolher as liberdades essenciais, pois o grande desafio assenta na gestão do risco terrorista através de institutos do novo direito público. O que fica comprometido neste plano é a força do primado da legalidade e a soberania da acção política entendida em termos tradicionais. Um ponto essencial na adaptação ao novo modelo é uma compreensão correcta pelos Estados do perímtero da sua soberania co-dividida.

A partir desta nova visão impõe-se uma reforma exemplar do método de ponderação para que o *poder judicial* não extrapole o seu perímtero. Partindo da proposta de Hoffmann-Riem, o modelo de *checks and balances* não precisa de ser afastado, mas tem de ser (re)calibrado, para que a perda de poder político e legislativo, que é aquele que sente de forma mais intensa os efeitos da soberania co-dividida de um Estado cosmopolita, não possa ser interpretado como um espaço livre, que pode ser ocupado pelo poder judicial no ensejo de garantir a “força do modelo cultural constitucional”.

No fundo, a tarefa mais urgente do séc. XXI é, em nosso entender, a promoção do *judicial dialogue*, é este o elemento que falta na reposição do equilíbrio no modelo de *checks and balances*. Se aliarmos o aprofundamento do *judicial dialogue* à resiliência que as liberdades pessoais e políticas têm mostrado perante a nova organização mundial, veremos que é possível navegar em segurança na arena global mesmo sem a luz do “farol kelseniano”, pois estaremos ainda sob o luar intenso de um sistema jurídico reformulado.

Não corremos o risco da desagregação na globalização, mas corremos o risco da autodestruição pela incoerência em caso de inadaptação!

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001
- AA. VV., *Colóquio Ibérico: Constituição europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Studia Iuridica, Colloquia 14, Coimbra Editora, 2005
- AA. VV., *Verfassungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010
- AA. VV., *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, Heidelberg, 2008
- AA. VV., *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff* (Kahl org.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2008
- ACKERMAN, Bruce, *La política del dialogo liberal (tradução espanhola)*, Gedisa, Barcelona, 1999
- *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, London, 2006
- AXEL, Adrian, *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen Methodenlehre)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009
- AXER, P., «Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?», *VVDStRL*, 2009/68, p. 177 e ss
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.
- BENVINDO, Juliano, *On the Limits of Constitutional Adjudication*, Springer, Berlin, 2010
- BANDEIRA DE MELLO, Celso, *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, Malheiros Editores, 2009.
- BLECKMANN, Moritz, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011
- CALLIESS, Christian, «Europe as transnational law – the transnationalization of values by european law», *German Law Journal*, 2009/10, pp. 1367ss.
- CALLIESS/RUFFERT, *EUV/EGV Kommentar*, 3.ª ed., Beck, München, 2007
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *“Brançosos” e interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2006
- *Direito Constitucional*, sumários desenvolvidos da cadeira de Direito Constitucional I, FDUC, 2008/2009 (on-line)
- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003
- *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2008
- *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, 2001

- CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2007
- CANOTILHO, Mariana, *O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais*, dissertação de mestrado, 2009, Coimbra
- CARBONELL/JARAMILLO, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010
- CARDOSO DA COSTA, «O tribunal constitucional português e o Tribunal de justiça das comunidades europeias», *Ab Uno ad Omnes*, Coimbra Editora, 1008, pp. 1636ss.
- CASALTA NABAIS, «Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social», *Ciência e Técnica Fiscal*, 2008/421, pp. 7ss.
– *Por uma liberdade com responsabilidade*, Coimbra Editora, 2007
- CASALTA NABAIS/TAVARES DA SILVA, «O Estado pós-moderno e a figura dos tributos», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2010.
- CASSESE, Sabino, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009
– *I Tribunali di Babele*, Donselli Editore, 2009^a
– *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, il Mulino, Bologna, 2008
– *La Crisi dello Stato*, Laterza Bari, 2001
- CONTE, Alex, *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism*, Springer, Heidelberg, 2010
- CUEVA FERNÁNDEZ, *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011
- DAVY, U. «Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?», *VVDStRL*, 2009/68, p. 122 e ss.
- DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2006.
– «O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”», *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Sevilla, 2003 (recurso on-line)
- di FABIO, Udo, «Die Grundrechte als Wertordnung», *Juristenzeitung*, 2004/59, pp. 1ss.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Trad. Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, 1989
- FALKNER, Gerda, «European Union», in Castles /Leibfried/Lewis /Obinger/Pierson (ed.), *The Welfare State*, Oxford University Press, New York, 2010 (pp. 292-305).
- FARIA COSTA, José Francisco, *O perigo em direito penal*, Coimbra Editora, 1992
- FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011
- FISCHER-LESCANO/TEUBNER, *Regime-kollisionen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006
- GALLO, Daniele, *I servizi di interesse económico generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010
- GALLO, Franco, *La ragioni del fisco*, il Mulino, Bologna, 2007
- GENSCHER /UHL, «Der Steuerstaat und die Globalisierung», in *Transformationen des Staates?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006.
- GIDDENS, Anthony, *A constituição da sociedade* (tradução brasileira), 3ª ed., WMF, São Paulo, 2009
- GLASER, Andreas, «Nachhaltigkeit und Sozialstaat» in W. Kahl, *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 620 e ss
– *Nachhaltige Entwicklung und Demokratie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006

- GRÖPL, Christoph, «Schwächen des Haushaltsrechts – Wege zu einer nachhaltigen Finanzwirtschaft», *Die Verwaltung*, 2006/2, p. 220 e ss
- GUSY, Christoph, «Grundrechtmonitoring», *Der Staat*, 2008/4, pp. 511ss.
- HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (tradução brasileira da obra alemã, de 1975, por Gilmar Ferreira Mendes), Fabris editor, Porto Alegre, 1997
- *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, edição de José Luis Monereo Pérez correspondente à tradução de uma parte importante da obra *Die Wesengebltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (3ª ed. de 1983), Comares, Granada, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Die postnationale konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998.
- HEINIG, H., *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008
- HILLGRUBER, Christian, “Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit”, *VVDStRL*, 2008/67, pp. 7ss
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, «Libertad y seguridad en la estela de los atentados terroristas», *Teoria y Realidad Constitucional*, n.º 12/13, 2003/2004, pp. 471-482
- HUHN, Wilson, «The state action doctrine and the principle of democratic choice», *Hofstra Law Review*, 2006, pp. 1379
- KNAUFF, Matthias, «Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte», *DVBL*, 2010/9, pp. 533ss.
- *Der Gewährleistungsstaat: reform des Daseinvorsorge*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004
- KRAJEWSKI, Markus, *Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen*, Springer, Heidelberg, 2011
- KRAJEWSKI/NEERGAARD/GRODEN, *The changing legal framework for services of general interest in Europe*, Assar Press, 2009
- KÜHLING, Jürgen, «Grundrechte», in Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, Berlin, 2009, pp. 657ss.
- KUMM, «Who is afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of private law», *German Law Journal*, Vol. 7 n.º 4, pp. 341ss.
- KUO, Ming-Sung, «(Em)powering the Constitution: constitutionalism in a New Key», *Global Jurist*, 2009/9, article 2
- LADEUR, Karl-Heinz, «European law as transnational law – Europe has to be conceived as an heterarchical network and not as a Supersate!», *German Law Journal*, 2009/10, pp. 1357ss.
- «Der Staat der “Gesellschaft der Netzwerke”», *Der Staat*, 2009/2, pp. 163ss
- LAW/CHANG, «The limits of transnational judicial dialogue», *Washington Law Review*, 2011/86 (recurso on-line)
- LEGARRE/ORREGO, «Los usos del derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2010/88, pp. 11ss
- LEPSIUS, Oliver, «Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung», Fehling/Ruffert, *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 143-211.
- LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra Editora, 2010
- LUCAS PIRES, Francisco, *Introdução ao direito constitucional europeu*, Almedina, Coimbra, 1997
- MAHLMANN, Matthias, «The politics of constitutional identity and its legal frame – the *ultra vires* decision of the german federal constitutional court», *German Law Journal*, 2010, Vol. 11, n.º 12, pp. 1407-1419

- MARTINI, Mario, *Der Markt als Instrument bobeitlicher Verteilungslenkung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008
- MARTINICO/FONTANELLI, «The hidden dialogue: when judicial competitors collaborate», *Global Jurist*, 2008/8, pp.1ss.
- MARTINS, Licínio Lopes, *Tratado de Direito Administrativo Especial III*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 225-367
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional IV (direitos fundamentais)*, Coimbra Editora, 2008
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008
- MÖLLERS, Christoph, *Staat als Argument*, Beck, München, 2000
- MONAGHAN, «Article III and Supranational Judicial Review», *Columbia Law Review*, 2007/107, pp. 833ss.
- MÓRAN PEREZ, *El Control Interno en la Administración del Estado. Análisis de Atribuciones y de su Proyección Jurídica*, IEF, Madrid, 2007
- MOREIRA, Vital, *Auto-regulação profissional e Administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997
- MORLOK, Michael, *Grundrechte*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2010
- MÖSTL, MARKUS, «Renaissance und Rekonstruktion des Daseinvorsorgebegriffs unter dem Europarecht», *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 951-973.
- MURKENS, Eric «Identity trumps integration», *Der Staat*, 2009/48, pp. 517ss.
- NEVES, A. Castanheira, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, Coimbra Editora, 2011
- NUSSER, Julian, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011
- NUTI/VAINIERI, *Federalismo fiscale e riqualificazione del servizio sanitario nazionale. Un binomio possibile*, il Mulino, Bologna, 2011
- PÉREZ ROYO, Javier (Dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010
- PERNICE, Ingolf, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Ed. Pedone, Paris, 2004
- REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006 – *Direitos Sociais*, Coimbra Editora, 2010
- RITTER, Gerhard, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Bari, 2007
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo *et alii* (Coord.), *Principios y derechos constitucionales de la personalidad*, Tirant Valencia, 2010.
- RUSTEBERG, Benjamin, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009
- SALDANHA SANCHES, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2010
- SCALIA, «Outsourcing American Law. Foreign Law in Constitutional Interpretation», *AEI Working paper 152*, 2009 (recurso on-line).
- SCHÖNBERGER, Christoph, «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea», *German Law Journal*, 2009/10, pp. 1201ss
- SCHORKOPF, Frank, «The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon», *German Law Journal*, 2009/10, pp. 1219ss

- SCHMIDT, Johannes, *Die Grundsätze im Sinne der Eu-Grundrechtecharta*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- SLAUGHTER, «A global Community of Courts», *Harvard International LJ*, 2003/44, pp.
- SOARES, Rogério, *Direito público e sociedade técnica (reimp.)*, Tenacitas, 2008.
- STITH, «Securing the Rule of Law through Interpretive Pluralism: An Argument from Comparative Law», NYU Paper 1/2007 (on-line)
- STORR, *Der Staat als Unternehmer*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001
- TANZI, Vito «Globalization and the work of fiscal termites», *Finance and Development*, 2001/38
- TAVARES DA SILVA, Suzana, «O princípio (fundamental) da eficiência», *Encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 2010 (on-line)
- TEUBNER, Gunther, «"And if I Beelzebub cast out Devils,...": An essay on the diabolics of network failure», *German Law Journal*, 2009/10, pp. 395ss
- TOMUSCHAT, Christian, «The ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon», *German Law Journal*, 2009/10, pp. 1259ss
- URBANO, Maria Benedita, «Globalização: os direitos fundamentais *sob stress*», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2010/III, pp. 1023-1048.
- VERGOTTINI, Giuseppe, *Le transizioni costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1998
 – *Oltre il dialogo tra le Corti*, il Mulino, Bologna, 2010
- VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2009
- «O "direito ao mínimo de existência condigna" como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional», *Jurisprudência Constitucional*, 2004/1, p. 21-29
- «Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois», *Anuário português de direito constitucional*, 2006/V, pp. 121ss.
- VOLKMANN, Uwe, "Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit", *VVDStRL*, 2008/67, pp. 57ss.

Série

Ensino

•

Imprensa da Universidade de Coimbra

Coimbra University Press

2011

