

A PROTECÇÃO DOS PARTICULARES NO SISTEMA PORTUGUÊS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E NO SISTEMA DA UNIÃO EUROPEIA

Maria de Fátima Pacheco

SUMÁRIO

1. Impostação do problema
2. O tratamento dos direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa
3. A tutela Jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal
4. A tutela não jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal
5. Legitimidade democrática na União Europeia
6. A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário
 - 6.1. A postura política dos Estados e das instituições
 - 6.2. O teor dos Tratados
 - 6.3. A jurisprudência comunitária e a tutela dos direitos fundamentais
 - 6.4. Meios de tutela gratuitos à disposição dos indivíduos
 - 6.5. A aptidão do sistema jurisdicional comunitário para a tutela efectiva dos direitos fundamentais
7. Conclusões

1. Impostação do problema

Toda a ordem jurídica se baseia num conjunto de valores que passa pela definição do estatuto dos indivíduos face ao poder político organizado, valores esses cuja efectiva protecção cabe às instâncias administrativas e judiciais. Daí a importância da existência de um texto constitucional que preveja e consagre os respectivos princípios e

direitos fundamentais¹ - para além de um sistema de separação, tipicidade e independência dos poderes - dessa ordem jurídica, bem como os meios de tutela adequados à sua defesa efectiva. São a disciplina e o funcionamento deste sistema que reflectem o modelo político e institucional duma sociedade humana e que traduzem o seu grau de democraticidade.

No entanto, não se mostra imprescindível a existência de uma Constituição formal ou escrita, bastando um sistema de garantias de princípios e regras e a institucionalização de meios de tutela adequados². Ou seja, necessário é a existência de uma Constituição em sentido material, com estatuto de supremacia³, donde ressalte um qualquer meio de fiscalização (jurisdicional e política) apto a conferir efectividade àqueles princípios e regras (função garantística).

¹ Assumimos o conceito de direitos fundamentais na sua aceção mais ampla. Não é indiferente optar pelo conceito de direitos do homem ou de direitos fundamentais. Se o primeiro se refere a uma concepção humanitária e universal destes direitos, o segundo está ligado a uma dogmática jurídico-constitucional concreta, enquanto dimensão fundamentante e legitimadora do poder político organizado. Dito de outra forma, esta segunda perspectiva, a assumida no texto, é a perspectiva jurídico-constitucional que encara aqueles direitos enquanto o «estatuto fundamental das pessoas na sociedade política». Sobre o conceito de direitos fundamentais, ver José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa* de 1976, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 70 e ss.

² Pense-se no constitucionalismo inglês e na especificidade dos sistemas judicialistas anglo-saxónicos, onde adquire especial relevância a «metodologia» do sistema de fiscalização jurisdicional difusa, e a revelação do direito pelo poder judicial (*rule by judiciary*). Aliás, a existência de Constituições escritas é fenómeno relativamente recente, como o é o da constitucionalização dos próprios direitos fundamentais. Haja em vista a Constituição do Estado de Virgínia de 1776 que já incluía uma declaração de direitos, e daria origem à Constituição Federal de 1787, ainda hoje em vigor. Por sua vez, a Constituição Francesa que instaura a monarquia constitucional apenas data de 1791. Já a noção de "lei fundamental" é mais remota, surgindo na Idade Média (a *Magna Charta Libertatum* é de 1215) enquanto instrumento de limitação do poder soberano.

³ «É a constituição que *justifica* ou dá legitimação ao "poder de mando", ou, para utilizarmos uma formulação clássica, é a constituição que confere legitimação ao exercício da "coacção física legítima". A consequência prática mais importante desta função de legitimação é basicamente esta: no *estado constitucional* não existe qualquer «poder» que, pelo menos, não esteja "constituído" pela constituição e por ela juridicamente vinculado», J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 1276.

Não pretendemos alongar-nos num estudo constitucional, pois tal objectivo ultrapassaria o âmbito do nosso artigo. Não obstante, pensamos não ser despidendo salientar que a Constituição, para além de conferir genericamente legitimidade à ordem jurídica e ao sistema político de um Estado, fundamenta o «poder de mando» e a autoridade. A importância de um tal documento radica na «positivação» constitucional de normas fundamentais que incorporam os valores alicerçados na consciência axiológica de uma sociedade. O poder existe e impõe-se porque está constituído e legitimado pela Constituição.

Porém, apesar de a especificidade da ordem jurídica comunitária reclamar como «imperativo de sobrevivência» o efeito directo e o primado do seu direito, e acarretar a perda da plenitude das competências estaduais, não cuidou aquela - aquando da redacção inicial dos Tratados - de elaborar qualquer catálogo de direitos fundamentais. Muito embora alguns artigos dispersos pelos Tratados traduzissem um empenhamento da Comunidade em salientar a importância de certos direitos de natureza fundamental⁴, estes encontravam-se como que funcionalizados aos objectivos⁵ economicistas da integração europeia. Tal lacuna original, apesar de historicamente explicável, foi, desde logo, vista com alguma apreensão por parte de certos Estados-membros.

⁴ É o caso do princípio da não discriminação em função da nacionalidade (art. 12.º), da igualdade de remuneração entre os sexos (art. 141.º), do direito da livre circulação e acesso dos trabalhadores a Estados que não o da sua nacionalidade (art. 39.º), da garantia de fiscalização da legalidade pelo Tribunal mediante o recurso de anulação (art. 230.º) e, finalmente, da existência do contencioso de plena jurisdição a nível de acções de responsabilidade (arts. 235.º e 288.º), enquanto materialização da existência de um verdadeira Comunidade de direito. Todos os artigos, se referem ao Tratado da Comunidade Europeia.

⁵ O que tem de estar previsto no acto constitutivo de uma Organização Internacional são os seus objectivos ou fins. Já as suas competências podem não estar exaustivamente enunciadas, uma vez que se presume que os seus órgãos possuem todas as necessárias à concretização dos objectivos previstos nos respectivos instrumentos constitutivos. Isso não significa que a prossecução destes não tenha que respeitar os requisitos do princípio da subsidiariedade e proporcionalidade. Por isso, as competências ou poderes das instituições comunitárias estão funcionalizadas e balizadas pela concretização dos fins estipulados pelos Estados. Tal facto reflecte-se

Visando as sucessivas revisões operadas aos Tratados originários atenuar o pendor economicista atinente ao mercado comum, o campo das competências comunitárias expandiu-se à dimensão cívica e a matérias tradicionalmente pertencentes ao núcleo de soberania dos Estados, nomeadamente respeitantes aos direitos fundamentais. Ora, esta realidade, aliada ao facto de os poderes conferidos às instituições comunitárias assumirem considerável importância e projecção no funcionamento das economias e sistemas sociais e políticos dos Estados-membros, fez emergir a necessidade de criar uma qualquer metodologia apta a garantir a tutela daqueles direitos por parte da Comunidade. Tutela essa que se tornou tanto mais premente, quanto mais matérias transitaram da esfera de actuação exclusiva dos Estados para a Comunidade.

Pensamos, por isso, ser oportuno e importante reflectir sobre o nível de protecção outorgado aos indivíduos - no tocante aos direitos fundamentais - no espaço comunitário. Uma situação de eventual «défice processual», a acrescer ao famigerado «défice democrático», seria intolerável numa qualquer Comunidade de Direito. Daí a enorme importância da actuação do Tribunal de Justiça, a quem cumpre - atenta, nomeadamente, a inexistência de um específico «catálogo» - a função de garantir uma tutela plena e efectiva daqueles direitos. Porém, nem só à jurisprudência coube esta função. Na verdade, tanto os Estados-membros como as instituições foram assumindo uma postura política concordante com essa aspiração.

Porém, antes de emprendermos a identificação dos critérios utilizados pelo Tribunal ao optar pela sua específica metodologia de protecção, e de analisarmos a referida postura dos Estados-membros e das instituições como reflexo do modelo político que foi assumido ao longo da construção europeia, pensamos ser conveniente efectuar uma brevíssima resenha sobre a forma como os espaços nacionais, em concreto o nosso, tratam o mesmo problema.

na importância do princípio da especialidade enquanto fundamento e limite para a actuação das instituições comunitárias face aos Estados e aos próprios particulares. Sobre a distinção destes conceitos, ver por todos Ana Maria Guerra Martins, *O art.235.º do Tratado da Comunidade Europeia - cláusula de alargamento das competências dos órgãos comunitários*, Lex, Lisboa, 1995.

2. O tratamento dos direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa

A doutrina apresenta uma vasta e complexa tipologia de direitos fundamentais. Não vamos aqui, porém, desenvolvê-la, ou discutir a sua dogmática. Não deixaremos, no entanto, de efectuar esparsas observações sobre a sua função e posicionamento na ordem jurídica portuguesa, em busca da compreensão da sua transcendência face ao próprio Estado.

Os direitos fundamentais desempenham várias funções no edifício estadual, com repercussões na esfera jurídica dos cidadãos. Desde logo, pode apontar-se-lhes uma função protectora ou defensiva de eventuais ingerências dos poderes públicos e garantística das liberdades face às autoridades (função de legitimação e de limitação do poder). Depois, possibilitam ao cidadão exigir do Estado todo um conjunto de pretensões de natureza social. Por último, desembocam na exigência de protecção pública do exercício desses mesmos direitos face a terceiros. Assim, mais do que enfatizar - contra o Estado - direitos fundamentais, o legislador constituinte comete ao Estado a sua efectividade; bem como lhes garante um regime reforçado de tutela (art. 19.º, n.º 6, CRP).

O nosso texto constitucional não inclui uma lista taxativa de direitos fundamentais, antes opta por um sistema aberto e universalista. O art. 16.º da Lei Fundamental⁶ indica o âmbito e sentido dos direitos fundamentais, afirmando que os mesmos não se cingem ao texto constitucional (direitos fundamentais extra-constitucionais ou materiais⁷), antes se abrem a novas regras e direitos contidos noutras fontes (legais e internacionais). Esta «cláusula aberta» implica o reconhecimento de direitos fundamentais «extra catálogo», bem como daqueles que estão contidos em convenções internacionais ou que fazem parte do direito internacional geral⁸, logo que revistam uma natureza fundamental.

⁶ A partir de agora todos os artigos constantes do texto se referem à Constituição da República Portuguesa de 1976.

⁷ Há direitos fundamentais constantes de leis e de regras de Direito Internacional.

⁸ O que revela a função de modelo de interpretação e de integração, e ainda de limite material de revisão da Declaração dos Direitos do Homem. Porém, importa frisar que

Todavia, a classificação constitucional positiva sofre de alguma falta de homogeneidade na sua sistematização. Filiada no espírito dos pactos das Nações Unidas sobre direitos fundamentais, opta pela dicotomia de tratamento entre «Direitos, liberdades e garantias» (Título II) e «Direitos económicos, sociais e culturais» (Título III). Antes, porém, estabelece um regime comum para a generalidade dos direitos fundamentais previstos na ordem jurídica portuguesa designado «Direitos e deveres fundamentais» (Parte I, Título I). A Constituição consagra, assim, nestes locais, um elenco diversificado de direitos de cunho individualista, princípios gerais⁹ e específicos, e um conjunto mais restrito de direitos e deveres dos cidadãos face ao Estado, conferindo unidade de sentido e coerência a toda a Constituição e legitimidade e legitimação a toda actividade política, legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado.

Os «Direitos, liberdades e garantias» estão agrupados em função da sua natureza e estrutura jurídica, mas embora a distinção desta trilogia seja complexa, ela é na prática indiferente, pois todos gozam do mesmo regime específico (arts. 17.º e 18.º) que lhes garante a aplicabilidade directa e a eficácia imediata. As garantias, sendo instrumentais, funcionam também como verdadeiros direitos fundamentais.

Designadamente, os direitos, liberdades e garantias são insusceptíveis de suspensão em estado de sítio ou emergência, incondicionáveis, irrenunciáveis e impositivos, vinculando entidades públicas e privadas e não podem ser restringidos¹⁰. Tais direitos

o diploma constitucional vai para além da protecção prevista naquela Declaração. E que, muito embora não haja qualquer referência expressa à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, é corrente ser aquela Convenção invocada em recursos para o Tribunal Constitucional.

⁹ É o caso do princípio da universalidade (art. 12.º) e seus corolários, do princípio da protecção jurídica (art. 20.º) e suas derivações, e do princípio da igualdade (art. 13.º) e todas as suas vastas aplicações.

¹⁰ Segundo Gomes Canotilho, o art. 18.º da Constituição não proíbe totalmente a sua restrição legal. São assim admissíveis as restrições destinadas à protecção de outro interesse ou direito constitucionalmente protegido, e apenas se não atingirem o conteúdo essencial do preceito. Por outro lado, tal só será permitido por lei geral e abstracta, emanada da Assembleia da República ou por decreto-lei autorizado e sem efeito retroactivo.

fundamentais funcionam como limites materiais do poder de revisão (art. 288.º, al. d), o que quer dizer que gozam de uma espécie de perenidade (mas não perpetuidade) na ordem constitucional: a sua irreversibilidade não é absoluta, antes comporta uma evolução, no sentido do seu reforço contínuo, pelo que as sucessivas revisões constitucionais não deverão violar ou desvirtuar o núcleo essencial de cada um dos direitos proclamados.

O regime jurídico descrito abrange também outras categorias de direitos, nomeadamente os direitos fundamentais dos trabalhadores, e os direitos fundamentais dispersos, isto é, aqueles que não estão inseridos no catálogo adrede previsto, mas que se devem considerar como formalmente constitucionais. Todos os direitos de natureza análoga gozam do mesmo regime, podendo encontrar-se dispersos pelo texto constitucional ou mesmo estar previstos fora da Constituição.

Tais direitos estão sujeitos a reserva de lei formal¹¹, fazendo parte da matéria de competência exclusiva da Assembleia da República, embora o Governo possa sobre eles legislar sob autorização específica e controlo parlamentar (art. 165.º, n.º 2, e art. 169.º).

Começa a nossa Constituição, no Título II da Parte I, pelo tratamento dos direitos de natureza pessoal ou do indivíduo (arts. 24.º a 47.º), depois ocupa-se dos direitos políticos ou do cidadão (arts. 48.º a 52.º), e, finalmente regula os direitos dos trabalhadores (arts. 54.º a 57.º). Não aparece, no correspondente Título, rubrica específica dos deveres fundamentais¹². As garantias referidas no Título II da Parte I não são específica e unicamente tidas como um conjunto de direitos ou

¹¹ O princípio da reserva parlamentar dos «direitos, liberdades e garantias» implica que toda a actividade administrativa seja conforme à lei (princípio da legalidade). Na falta de lei específica, cabe à administração executar a própria Constituição (art. 266.º, n.º 2, e art. 268.º), sem qualquer juízo discricionário no tocante ao conteúdo e limites dos direitos (pense-se nos casos de expropriação por utilidade pública e nos poderes coactivos da administração).

¹² A Parte I da nossa Constituição apresenta alguns «deveres» de carácter ou natureza cívico-política (defesa da pátria) e de carácter ou natureza social e cultural, porém não esgota todos os deveres previstos (deveres fundamentais dispersos). Os «deveres fundamentais» não se apresentam em rubrica específica, pois muitas vezes andam associados a direitos fundamentais.

de meios processuais vocacionados para a protecção efectiva¹³ dos direitos dos cidadãos. Com efeito, grande parte daquelas garantias encontra-se prevista na parte atinente aos «princípios gerais» (arts. 20.º, 22.º e 23.º), a demonstrar a falta de unidade sistemática e a complexidade da Constituição.

Também se incluem nesta sede o reconhecimento de meios processuais adequados à protecção dos direitos e liberdades fundamentais, como sucede com a exigência de sentença judicial condenatória para a privação da liberdade, a inexistência de pena de morte e de prisão perpétua, as garantias de processo criminal, *inter alios*.

Por sua vez, os «Direitos económicos, sociais e culturais» são encarados como direitos de segunda geração ou de cariz social, pelo que não «se proclamam» face ao Estado, mas sim a ele «são reclamados» (direitos a prestações). A sua concretização postula e implica a realização de um leque de tarefas ou incumbências de natureza económica (arts. 48.º a 62.º), social (arts. 63.º a 79.º) ou cultural (arts. 73.º a 79.º), que permite à República Portuguesa afirmar-se como um «Estado social de direito»¹⁴. Essas tarefas encarnam uma concretização (alínea d) do art. 9.º) dos valores fundamentais, embora os recursos económicos e as opções político-ideológicas do legislador condicionem - de modo inquietante - a sua exequibilidade à «reserva do possível». Daí se afirmar a sua não aplicabilidade directa e a sua menor vinculatividade.

¹³ Os direitos fundamentais estão vocacionados para a sua protecção e «garantia», enquanto verdadeiros pressupostos do Estado de Direito. Porém, não deve confundir-se a garantia institucional, enquanto conjunto de instrumentos aptos a assegurar a efectividade dos direitos fundamentais, com os «direitos-garantia» a que se refere o Título II da Constituição da República. Estes últimos referem-se a uma concreta posição jurídica subjectiva a proteger por parte de acções do Estado. Ainda assim, feita a devida distinção entre os conceitos referidos, a expressão «Direitos, Liberdades e Garantias» - nas palavras de Vieira de Andrade - deve ser entendida como uma «unidade» cujas figuras são, muitas vezes, de difícil distinção.

¹⁴ Devido à República Portuguesa viver num regime político democrático e pluralista, a nossa Constituição usa a expressão «Estado de direito democrático». Isto porque a origem do poder pertence ao povo (soberania popular) e está subordinado ao espírito constitucional (respeito pelos direitos fundamentais e suas garantias), o que acarreta a fiscalização jurídica de todos os actos do poder.

No entanto, esta acrescida necessidade de mediação legislativa não deve diluir o seu carácter obrigatório, nem apagar a necessidade de execução da tarefa constitucional, sob pena de inconstitucionalidade por acção (desvio do poder legislativo) ou omissão. Atenta a inexistência de recursos directos a exercer pelos cidadãos, tal vicissitude só pode ser atalhada pela atenção do Presidente da República ou do Provedor de Justiça. A consciência da obrigatoriedade destas imposições - sob pena de não existirem direitos sociais - parece implicar uma garantia de estabilidade do status quo da ordem jurídica, criando a convicção de que existe um núcleo duro e essencial de direitos adquiridos consubstanciados na proibição de um retrocesso social que com ele bula.

Tal como nos direitos de primeira geração, só é admissível a sua restrição legal em situações excepcionais ou temporárias. É o caso do «estado-de-sítio» e do «estado-de-emergência», ou ainda de graves crises económicas ou financeiras que impliquem a sua suspensão mediante acto legislativo controlável a posteriori. Refira-se ainda que esta categoria de direitos sofre um regime de competência legislativa concorrencial da Assembleia da República (no âmbito das «bases» dos sistemas) ou do Governo.

Do exposto, podemos concluir que a nossa ordem constitucional entronca na tradição liberal e democrática, sendo profundamente marcada pela proeminência dos direitos fundamentais, tanto no que toca à sua extensão e diversidade, como à sua regulamentação. A concepção da Lei Fundamental da República assenta na superioridade hierárquica dos direitos e deveres de carácter político, económico, social e cultural, bem como na eficácia directa dos direitos, liberdades e garantias.

3. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal

Conforme já vimos, o Estado de direito não se basta com a proclamação dos direitos fundamentais. Importa indagar sobre as «metodologias» de protecção com vista a descortinar os instrumentos, os «remédios» e os institutos jurídicos aptos a serem utilizados pelos seus titulares. A existência deste momento garantístico, através da via

judiciária, contra actos ofensivos de direitos fundamentais revela-se de uma importância extrema, devido à inexistência de um recurso directo de inconstitucionalidade ao dispor do cidadão.

Como expoente máximo desta necessidade de protecção, o art. 20.º da nossa Constituição consagra o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva. Esta disposição, conjugada com o art. 220.º, revela a suprema vocação dos tribunais para garantirem a protecção e controlo jurídico de todos os actos de poder público, nomeadamente no que aos direitos fundamentais dos particulares concerne, de modo efectivo, equitativo e imparcial. Pertence também ao leque de competências dos tribunais ordinários aferirem da constitucionalidade das normas aplicáveis ao concreto caso (*judicial review*), conquanto isso não implique a eliminação (definitiva) de tais preceitos do ordenamento vigente.

Na verdade, este direito dos cidadãos pode ser visto também como uma garantia apta à protecção de todo o conjunto de direitos proclamados pela Constituição, assim abrangendo o conjunto de meios ou instrumentos ao dispor dos cidadãos para exigir uma tutela efectiva e célere de todos os direitos de que são titulares.

Igualmente o princípio geral da responsabilidade directa do Estado e das entidades públicas se insere no elenco destes instrumentos ou garantias estruturais do «Estado de Direito Democrático». O que significa que, além de todos os direitos fundamentais deverem ser objecto de tutela jurisdicional, à sua violação há-de corresponder uma qualquer forma de reparação. Porém, é de ressaltar que, não obstante a sua aplicabilidade directa, o art. 22.º pode não se mostrar imediatamente executável (quanto ao concreto modo de efectivação), pelo que - apesar de tudo - ainda se verificam lacunas de protecção, mormente quanto às funções do Estado «não clássicas» (condução das relações externas e actos políticos), ou até na própria aplicação do Direito Comunitário¹⁵, em caso de colisão com normas de direito

¹⁵ Pense-se na jurisprudência dos casos *Francovich* (1991), *Brasserie du Pêcheur* (1993) e *Factortame* (1988), que estabeleceu o princípio da responsabilidade dos Estados por violação do direito comunitário. Esta jurisprudência afirmou ser a obrigação de reparação dos Estados face aos particulares uma manifestação do primado do Direito Comunitário, em nome do efeito útil das normas comunitárias e da obrigação

português. Ocorrerá ainda referir, neste contexto, a faculdade de restrição dos efeitos da inconstitucionalidade ou ilegalidade nos termos do art. 282.º, n.º 4, isto é, ditada por razões de segurança, equidade ou interesse público relevante. Esta possibilidade, na opinião de MANUEL AFONSO VAZ, abre ao próprio Tribunal Constitucional a «capacidade de manipulação» dos efeitos da inconstitucionalidade, mas - por outro lado - comprova a importância dos tribunais para dirimirem o conflito entre o «direito à indemnização e o valor da solvabilidade do Estado», assim se salvaguardando o núcleo essencial do direito que se quis garantir através da constitucionalização do princípio geral de responsabilidade civil do Estado.

A garantia do acesso ao direito e aos tribunais envolve o direito à informação e patrocínio, o princípio do contraditório, o direito ao juiz natural, o princípio da fundamentação de todas as decisões, o direito à decisão em prazo razoável, o segredo de justiça, o duplo grau de jurisdição e a revisão de sentenças criminais injustas. Por outro lado, e como já foi mencionado, aquela garantia assiste aos particulares contra actos de outros particulares e contra actos dos poderes públicos¹⁶

de cooperação leal que impende sobre os Estados-membros. Apesar de, no caso português, não haver conformação legal específica, não se pode esquecer que a responsabilidade civil do Estado está expressamente prevista no nosso diploma fundamental, em concreto no dispositivo vigésimo segundo, pelo que se trata de um direito fundamental a favor dos cidadãos portugueses. Atendendo à existência daquele preceito, os tribunais nacionais (administrativos e comuns) têm recorrido aos princípios gerais da responsabilidade civil, a fim de poderem fazer justiça à tutela dos particulares. A referida falta de conformação legal tem levado à aplicação analógica do Decreto-Lei n.º 48 051 de 1967, a outros domínios que não os exclusivamente administrativos.

¹⁶ A lógica de funcionamento do Estado de Direito faz impender sobre o Estado a obrigação de indemnizar os particulares por danos causados no exercício de todas e quaisquer funções estaduais. A nossa doutrina seguiu sempre na esteira do estabelecimento de um regime de unicidade do sistema de responsabilidade extracontratual do Estado - decorrente da prática de acto público ilícito e culposo, risco de acto administrativo legal ou acto material lícito lesivo de imposições especiais ou anormais para o particular - que aliás se consubstanciou no Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967. O espírito do decreto deu origem à necessidade de uma «Teoria Geral da Responsabilidade Civil do Estado» aplicável a todas as funções de Estado e demais entidades públicas, a actos de gestão pública ou privada, violadores de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais. Esta tradição - que mais não é do que um

(legislativo, administrativo e jurisdicional). A responsabilidade pode resultar da prática de actos ilícitos e culposos ou de situações objectivas e de risco.

O direito de protecção jurisdicional efectiva é «prestado» através do acesso a instrumentos jurisdicionais internos e complementado pelo recurso a mecanismos internacionais. Esta última possibilidade faculta aos cidadãos portugueses - uma vez esgotados os recursos internos - o acesso a instâncias internacionais. As instâncias a que nos referimos são, por exemplo, o «Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas», a que se refere o «Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos» e o «Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais», celebrados em 1966, tendo entrado em vigor apenas em 1976. Também a «Convenção Contra a Tortura e Outras Penas Degradantes», ratificada por Portugal em 1984, permite o acesso directo dos particulares aos órgãos nela previstos especificamente vocacionados para a protecção dos direitos em causa.

Mas, diz-nos a história, a impunidade dos Estados prevaricadores fez desencadear a crise na crença da eficácia da tutela internacional e universal dos direitos fundamentais. Depositou-se, então, nas Organizações Regionais a esperança da humanização da Sociedade Internacional. Hoje, o recurso individual para o «Tribunal Europeu dos Direitos do Homem» traduz a melhor ilustração desse caminho trilhado. Com efeito, o Tribunal em causa detém jurisdição

imperativo constitucional - norteou os trabalhos da reforma do Contencioso Administrativo com a especial intenção de estabelecer um sistema de jurisdição única de natureza administrativa. E um complemento essencial dessa reforma foi materializado na proposta de Lei n.º 95/VIII, apresentada pelo XIV Governo Constitucional à Assembleia da República, com vista à revogação do Decreto-Lei n.º 48 051 de 21 de Novembro de 1967, ainda em vigor. O diploma em causa aperfeiçoa o regime da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, estabelece o regime da responsabilidade pela função jurisdicional (e conseqüente adaptação do art. 225 do Código de Processo Penal), o regime decorrente da responsabilidade pelo exercício da função política e legislativa, bem como obriga o Estado a proceder a reparações por encargos ou danos especiais e anormais (indenização pelo sacrifício) não exclusivamente decorrentes da actividade administrativa. A referida proposta ainda não colheu aprovação por parte da Assembleia da República.

imperativa¹⁷ para todos os signatários do Conselho da Europa¹⁸. E, como se sabe, todos os Estados-membros da União Europeia aderiram à Convenção de Roma de 1950 e aos seus protocolos adicionais, bem como todos reconhecem a obrigatoriedade da sua jurisprudência, embora nem todos os direitos reconhecidos pela Convenção Europeia produzam idênticos efeitos nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais.

Aquela jurisdição apresenta-se, de resto, sobreposta aos direitos internos, sendo reconhecida e garantida pelos diplomas fundamentais de todos os signatários. A faculdade de recurso atribuída aos particulares, embora sujeita ao princípio da exaustão das vias internas, implicou - além do controlo internacional dos actos das autoridades internas - o reconhecimento da subjectividade internacional do indivíduo, verdadeira conquista histórica em sede de protecção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Na sequência da declaração de que um Estado violou um dos direitos consignados na «Convenção Europeia dos Direitos do Homem» ou nos seus Protocolos, não «removendo» o Estado o ilícito, o Tribunal ordenará a atribuição de uma reparação pecuniária à vítima. Não obstante, ainda que a sentença seja obrigatória para o Estado em questão, ela não é executória.

Esta garantia colectiva, internacional, não substituiu as garantias nacionais, mas antes a elas se aliou, pelo que apesar da já aludida regra do esgotamento das instâncias internas, a inscrição dos direitos

¹⁷ O que significa que a competência do Tribunal é obrigatória e abrange todas as violações praticadas pelos Estados-partes posteriores à ratificação da Convenção. Porém, tem carácter subsidiário, relativamente aos sistemas internos de garantia fixados por cada Estado. Os acórdãos do Tribunal Pleno são definitivos, gozando de autoridade de caso julgado, e embora não gozem de força executiva, são obrigatórios para o caso concreto. Logo, se o sistema legal do Estado requerido não permitir uma reconstituição do direito lesado, o Tribunal atribuirá à vítima uma reparação razoável. Apesar de os acórdãos serem definitivos podem ser objecto de revisão ou de interpretação pelo próprio Tribunal.

¹⁸ Esta Organização Internacional foi instituída pelo Tratado de Bruxelas em 5 de Maio de 1949. Os objectivos principais da Organização visavam a promoção e garantia dos direitos do homem e a cooperação internacional entre os seus signatários. Portugal, em 1976, passou a ser o décimo nono membro; mais recentemente os países da Europa Central e Oriental também foram recebidos neste fórum europeu de índole democrática e liberal.

fundamentais previstos na Convenção de Roma em todas as Constituições dos signatários enriqueceu, sem dúvida, o acervo dos direitos fundamentais.

A acrescer ao rol de direitos de acesso a instâncias internacionais, importa considerar que a actuação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias se foi notabilizando também neste campo: a influência do modelo de protecção oferecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem levou a uma sua cada vez mais notória intervenção. Todavia, apesar de esta intervenção apenas se verificar no âmbito de aplicação do ordenamento comunitário por parte dos Estados-membros da Comunidade, constata-se que - no mesmo espaço geográfico - coexistem dois sistemas de protecção (o Comunitário e o da Convenção de Roma de 1950). Daí a possibilidade de «conflitos de fidelidades». Esta situação contribuiu para que o «Projecto de Constituição Europeia» integrasse a «Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia» no direito originário, o que se revela de extrema importância prática, pois a redacção da «Carta», conforme iremos verificar, apesar de ter revestido grande valor simbólico, suscitava dúvidas de natureza jurídica. Pensamos que tal inserção, podendo vir a implicar conflitos de jurisprudência, acarretará um alargamento da esfera de direitos fundamentais dos cidadãos numa Europa comunitária que, não deixa de ser curioso notá-lo, se iniciou desprovida de um catálogo de direitos fundamentais.

Voltando ao terreno nacional, parece-nos oportuno lembrar a existência da garantia¹⁹ do recurso de inconstitucionalidade e de ilegalidade das normas jurídicas²⁰. Facto de particular importância,

¹⁹ Esta garantia assume-se como instrumental da própria Constituição enquanto conjunto de meios com vista à sua própria defesa (ver nota 13). Haja em vista a fiscalização judicial, que se pode exercer de modo difuso ou concentrado; mediante um controlo por via incidental, principal, abstracto ou concreto; a nível preventivo ou sucessivo; solicitada pelas partes ou por órgãos públicos específicos, e com efeitos gerais ou particulares, declarativos ou constitutivos, retroactivos ou não retroactivos.

²⁰ Recurso de leis de valor reforçado, de leis gerais da República e de princípios fundamentais. Não costuma englobar-se neste conceito de norma, as que se aplicam nas «relações de poder privadas», nem em actos decorrentes da «função política», o que não deixa de constituir uma lacuna num Estado que queira primar por uma real e efectiva tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.

pois, devido à inexistência de um «recurso directo»²¹ (análogo ao recurso de *amparo* ou de *Verfassungsbeschwerde*), os cidadãos nacionais apenas dispõem do direito de suscitar o incidente da inconstitucionalidade de normas que violem os seus direitos fundamentais num caso concreto (arts. 204.º e 280.º) e da faculdade de impugnação directa de normas administrativas²² lesivas de direitos ou interesses legalmente protegidos ou de actos administrativos contidos em leis (art. 268.º, n.ºs 4 e 5). Outro meio de defesa dos direitos em causa consiste na faculdade de lançar mão de medidas de natureza cautelar como meio de contornar a delonga processual a que os administrados estão geralmente sujeitos. Cremos poder afirmar que os administrados que vejam os seus direitos, liberdades e garantias lesados por uma qualquer norma administrativa dispõem de uma garantia efectiva de tutela jurisdicional, mediante a possibilidade de impugnação dos regulamentos²³ e dos actos de execução.

²¹ Excepção feita para a providência de «habeas corpus» contra prisão ou detenção ilegal (art. 30.º), não conhece o nosso sistema meio específico e directo para a tutela dos direitos fundamentais, com vista à declaração de inconstitucionalidade das normas com força obrigatória geral. Assim, o particular terá de esperar que surja uma qualquer questão jurídica em que a norma inconstitucional deva ser aplicada, para então poder invocar, na própria acção, a respectiva inconstitucionalidade; posteriormente, haverá recurso da decisão desfavorável para o Tribunal Constitucional, se o tribunal não aplicar correctamente a Constituição. O Tribunal *a quo* deverá reformar a sua sentença, não devendo aplicar a norma em causa ao caso concreto. Trata-se, nas palavras de Vieira de Andrade, de um «recurso dentro do Poder Judicial, mas restrito à questão da inconstitucionalidade (art. 280.º, n.º 6)» que para além de proteger os particulares contra actos provenientes do legislativo, os protege - de igual forma - contra a actividade interpretativa dos tribunais ordinários. Já a fiscalização abstracta ou concentrada possibilita a declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral, mas o particular só a ela acede por via indirecta, ou seja, mediante o exercício do direito de petição ou dos direitos de provedoria. Logo, não pode requerer ao Tribunal Constitucional que recomende aos órgãos legislativos medidas para colmatar omissões inconstitucionais, nem para declarar a inconstitucionalidade ou nulidade de qualquer norma (arts. 283.º e 282.º).

²² Impugnação essa integrada no sistema de impugnabilidade geral dos actos administrativos, sendo o contencioso administrativo da responsabilidade de tribunais de jurisdição especializada.

²³ Para além desta impugnabilidade directa, podem as normas regulamentares ser apreciadas constitucionalmente nos termos gerais (arts. 204.º e 280.º) com possibilidade de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral (arts. 280.º, n.º 2, als. b), c) e d) e art. 281.º, n.º 1, als. c) e d).

Também os actos jurisdicionais ofensivos de direitos fundamentais são susceptíveis de recurso ou reclamação (arts. 210.º e 211.º, n.º 2) para o Tribunal Constitucional. A Constituição garante ainda, quanto a estes actos, um direito fundamental genérico de recurso.

O actual sistema de controlo da constitucionalidade e da legalidade é um «misto» de vários tipos de fiscalização (Parte IV da Constituição). Coexiste o controlo concreto, difuso ou incidental (arts. 280.º e 204.º), a cargo de todos os tribunais enquanto órgãos de aplicação e controlo da Constituição (por impugnação das partes, *ex officio* pelo Juiz, ou pelo Ministério Público), com eficácia *inter partes*, com o controlo abstracto ou concentrado (art. 281.º) exercido pelo Tribunal Constitucional, que tem competência para declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Este último, por sua vez, pode exercer a sua fiscalização - quanto ao momento de intervenção - preventiva (arts. 278.º e 279.º) ou sucessivamente, por via de acção ou em via directa (art. 281.º). Finalmente, o controlo exerce-se sobre acções ou omissões (art. 277.º e 283.º). O objecto de controlo versa sobre todas as normas jurídico-públicas (os actos normativos privados podem escapar) ou actos de conteúdo normativo vigentes na ordem jurídica portuguesa, que ficarão feridas de nulidade absoluta²⁴.

Também as normas emanadas de órgãos de Organizações Internacionais de que Portugal faça parte podem suscitar - face ao nosso regime constitucional - problemas de conformidade material²⁵; contudo, a menos que semelhante desconformidade resulte de «violação de disposição fundamental», tais normas aplicar-se-ão na ordem jurídica portuguesa nos termos do art. 277.º, n.º 2.

Os actos administrativos inconstitucionais suscitam maiores problemas de controlo no sistema português, problemas que a actual reforma do Contencioso Administrativo tem tentado ultrapassar.

²⁴ A Constituição também se refere à ineficácia e à irregularidade. Podem verificar-se também situações de nulidade parcial.

²⁵ Evidentemente que este tipo de dificuldades não se levanta a propósito da fiscalização da constitucionalidade de leis de transposição de Directivas comunitárias, pois, relativamente a estes actos típicos, a fiscalização da sua constitucionalidade exerce-se nos termos gerais.

De responsabilidade do executivo, estes actos poderão revelar-se inconstitucionais por directa violação de normas constitucionais ou por se fundarem em lei inconstitucional, logo ilegais e, por isso, anuláveis. Tal circunstância afigura-se especialmente gravosa nos casos de actos administrativos que se referem a matéria de «direitos, liberdades e garantias». E, em todo o caso, são os tribunais administrativos (art. 212.º) os órgãos competentes para julgarem daquela desconformidade.

Acresce que as decisões jurisdicionais feridas de inconstitucionalidade abrem brechas no sistema de controlo já que, relativamente a elas, o sistema de recurso para tribunais superiores poderá mostrar-se insuficiente para acautelar a tutela dos particulares. Coisa semelhante ocorre com as «políticas públicas», que pela sua natureza, são muitas vezes insindicáveis pelos tribunais em sede de fiscalização da sua constitucionalidade.

Já sabemos que os titulares dos direitos de segunda geração dispõem de uma protecção mais ténue do que aquela que usufruem os de primeira geração. Como já referimos, os «programas políticos» subtraem-se, na prática, a um posterior controlo jurisdicional. A defesa face à inconstitucionalidade por omissão, cuja declaração é dada a conhecer aos órgãos legislativos competentes, é fluida e pouco consistente, pelo que neste campo a protecção almejada será mais fácil de atingir mediante procedimentos de cariz político, nomeadamente através dos direitos petitórios²⁶ (art. 52.º), dos direitos participativos

²⁶ Os direitos petitórios são uma forma de participação - de carácter informal - dos cidadãos no quotidiano da vida política do Estado. Já o direito de acção popular (art. 52.º, n.º 3), destinada à defesa de interesses públicos difusos (reflexo individual da globalidade dos interesses gerais), é uma das principais conquistas processuais dos cidadãos, face a todas as vertentes dos poderes públicos, uma vez que possibilita o alargamento da legitimidade processual activa. Porém, atrevemo-nos a afirmar que a morosidade dos processos, muitas vezes, frustra o efeito útil (e de conquista democrática) proporcionado por este direito fundamental. A lei prevê o direito procedimental da participação popular e o direito de acção popular, propriamente dita. Esta, por sua vez, pode ser procedimental administrativa ou popular civil (Lei n.º 83/95 de 31 de Agosto). A última pode ser preventiva, condenatória ou inibitória. A acção procedimental administrativa pode, para além de possibilitar a tutela dos interesses difusos mediante a interposição de uma acção judicial administrativa, visar a defesa contra actos administrativos ilegais lesivos de interesses difusos mediante a interposição de um recurso contencioso.

dos grupos sociais e da capacidade de pressão política no funcionamento do quotidiano da democracia, como é o caso do direito de protesto e reivindicação social, principalmente no âmbito partidário. No entanto, não é despidendo lembrar a importância do princípio da legalidade da Administração, do princípio da igualdade de tratamento e da existência de recurso directo e individual para os tribunais administrativos, quando estiverem em causa o cumprimento de prestações estaduais mínimas, intrinsecamente ligadas ao Estado de Direito Democrático.

4. A tutela não jurisdiccional dos direitos fundamentais em Portugal

Em democracia, a existência de um conjunto de instrumentos não jurisdicionais para defesa dos direitos fundamentais constitui uma arma poderosa ao serviço dos cidadãos, alargando-lhes o seu campo de legitimidade processual activa. Para além de maleáveis, abrangentes e céleres, possuem eles o benefício de não sobrecarregarem os tribunais. Concretizada através dos órgãos políticos ou administrativos da República, mediante sistemas de auto-controlo interno ou de fiscalização externa, esta forma de tutela manifesta-se essencialmente de forma petítória.

Importa também salientar a importância do direito de resistência (art. 21.º), enquanto instrumento de último recurso à disposição dos cidadãos, a nível individual ou colectivo, ofendidos nos seus direitos, liberdades ou garantias, por parte de entidades públicas ou até privadas. No que se englobam dois momentos: o não cumprimento da ordem manifestamente ilegítima e a faculdade de repelir a agressão em caso de impossibilidade de recurso em tempo útil aos órgãos judiciais. Este preceito é um corolário da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdade e garantias, e é uma forma de autotutela daqueles direitos por parte dos cidadãos.

O direito de petição é concedido aos cidadãos, a título individual ou colectivo, em nome da defesa dos seus direitos fundamentais, consubstanciando-se na possibilidade de solicitar a atenção dos órgãos

públicos com vista à natural reposição ou reparação de um facto lesivo dos seus direitos e interesses ou da própria legalidade. Apesar de o peticionário não adquirir qualquer direito a uma decisão jurídica, facultta-se-lhe a solicitação de providências adequadas²⁷, nomeadamente discussão de eventuais medidas legais ou administrativas, ou, inclusive, abertura de inquérito parlamentar. Trata-se, por isso, um meio indirecto de defesa dos direitos fundamentais

O tratamento constitucional deste mecanismo está previsto no art. 52.º, n.ºs 1 e 2, e em vários outros normativos constitucionais (art. 265.º, n.º 1, al. a) e art. 271.º, n.º 2). O preceito envolve as garantias petitorias, o direito de petição política e, finalmente, o direito de acção popular. A sua regulamentação básica encontra-se na Lei n.º 43/90 de 10 de Agosto²⁸, (alterada pela Lei n.º 6/93 de 1 de Março). As petições podem ser dirigidas aos órgãos de soberania, às entidades públicas (nomeadamente autarquias) ou ao Provedor de Justiça. O exercício deste direito abrange a petição, a representação, a reclamação e a queixa, dirigidas pelos cidadãos àquelas entidades.

O Provedor de Justiça (art. 23.º) é um órgão personalizado com a especial incumbência de receber solicitações ou propostas dos cidadãos, ou de indagar officiosamente sobre quaisquer factos susceptíveis de ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, bem como de formular pareceres - junto ao Parlamento - sobre futuras medidas legislativas ou sobre eventual revogação de leis. Eleito pela Assembleia da República, trata-se de um órgão de garantia da Constituição (note-se que o Provedor de Justiça integra, por inerência, do Conselho de Estado). À Provedoria cabe a defesa da legalidade, da justiça e da boa administração, de modo informal e independente.

Sem poder decisório, apenas elabora recomendações e pareceres, podendo - se o entender - levar assuntos a discussão parlamentar. O respectivo estatuto está previsto na Lei n.º 90/96 de 14 de Agosto. A sua competência abrange a investigação dos poderes públicos (excepto

²⁷ Nomeadamente a modificação ou revogação de actos administrativos lesivos de interesses dos administrados.

²⁸ A lei separa o direito político, de uso exclusivo dos cidadãos portugueses, e o direito de peticionar na Assembleia da República, de uso facultado também a estrangeiros.

da função política), inclusive a administração da justiça (só no âmbito da prestação de actos de natureza judicial). Exercendo as suas atribuições de modo informal e independente, o Provedor pode intervir mediante queixa dos cidadãos ou por iniciativa própria.

Sobre toda a Administração impende, face ao Provedor, um especial dever de cooperação, fundamentação e lealdade. E, dando expressão máxima às funções do Provedor, pode este órgão solicitar ao Tribunal Constitucional a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade por acção com força obrigatória geral (art. 281.º) ou ainda de inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º). Atente-se na importância desta sua faculdade em prol da defesa dos direitos dos particulares, uma vez que a estes está vedado o acesso directo ao Tribunal Constitucional para efeitos de declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas, pelo que o recurso ao Provedor de Justiça não deixa de constituir uma outra via – à disposição dos particulares – de acesso à justiça constitucional.

Além da figura do Provedor, a Constituição prevê a existência de diversas entidades administrativas independentes encarregues da protecção dos direitos fundamentais, como é o caso da Alta Autoridade para a Comunicação Social e a «Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados» (Lei n.º 10/91 de 25 de Abril). Previstas no art. 267.º, n.º 3, da Constituição são a expressão e o acompanhamento da complexidade das estruturas políticas e sociais da sociedade actual. Visando uma cabal tutela dos direitos dos administrados, e traduzindo a intenção de aliviar os já tão sobrecarregados tribunais.

O «direito de arquivo aberto» (art. 268.º, n.º 2) representa também uma forma não jurisdicional de tutela de direitos fundamentais decorrente da necessidade de transparência. Este direito possibilita o acesso directo e gratuito aos arquivos e registos públicos e à documentação administrativa, assim se garantindo transparência na actuação das entidades públicas, e acesso ao «segredo administrativo» por parte dos administrados. O seu exercício, por eventualmente poder colidir com a segurança, intimidade e investigação criminal, está funcionalizado ao respeito pelos princípios jurídico-constitucionais da actividade administrativa.

Para a ordem constitucional dos Estados se afirmar como uma ordem justa e intrinsecamente válida, mostra-se imprescindível que a mesma seja legítima e democrática. As Constituições estaduais actuais partem do postulado de que o poder constituinte originário reside no povo ou na nação, pelo que fundamentam a origem do poder na legitimidade ou qualidade de título. Ora, a necessidade de fundamentação do poder e da autoridade política representa um problema, não exclusivo do Direito Constitucional dos Estados, mas de todo o ordenamento jurídico, sob pena de, sem ela, o poder se tornar arbitrário, contestado e dificilmente tolerado por parte dos seus destinatários.

Este problema coloca-se também face ao funcionamento da União Europeia e à ordem jurídica específica por si criada. E, de alguma forma, interliga-se com a questão da protecção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Vimos que pensar em direitos fundamentais é não só pensar na sua proclamação ou inclusão em catálogos, outrossim reflectir sobre se e de que modo, face a uma hipotética ofensa desses direitos, poderão os seus titulares beneficiar de uma efectiva protecção jurisdicional.

Ora, quanto mais autoritário e uniforme se revela um acto, e quanto menos representativo²⁹ da maioria dos seus destinatários, mais problemas de legitimidade levanta. E quanto mais problemas de legitimidade o acto suscitar, maior necessidade há de garantir aos seus «destinatários», por um lado, o respeito pelos direitos fundamentais e, por outro, o acesso à tutela jurisdicional efectiva. Por isso, revela-se extremamente importante, quer a dimensão política da construção comunitária, quer a garantia dos direitos fundamentais reconhecidos por todos os Estados-membros da União Europeia.

A União Europeia não é certamente um Estado, mas usa de significativas prerrogativas estaduais, nomeadamente criando direito para os Estados-membros e seus nacionais; os quais, bem vistas as coisas, não participam de um sistema verdadeiramente representativo e democrático. Não pretendemos aqui fazer uma análise do

²⁹ Nos termos do art. 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a lei é a expressão da vontade geral.

funcionamento das instituições, mas não deixaremos de levemente esboçar alguns problemas que revelam a falta de legitimação democrática do sistema comunitário.

Senão vejamos. O direito derivado é produzido pelas instituições comunitárias que - tal como nos Estados - estão sujeitas a princípios estruturais com vista à organização do poder e das competências que exercem. Como nos Estados, na União Europeia verifica-se a existência de uma função legislativa, de uma executiva, e de uma jurisdicional, embora o princípio da separação de poderes não funcione de modo idêntico. Na verdade, a repartição dos poderes entre as instituições reflecte o papel de cada uma na concretização dos objectivos comunitários. Assim, verifica-se algum protagonismo do Conselho e da Comissão relativamente ao Parlamento Europeu. Mormente no processo legislativo comunitário constata-se significativos desvios relativamente ao «figurino estadual».

Conquanto se venha a assistir à simplificação e democratização dos procedimentos decisórios comunitários, mediante a intervenção do Parlamento Europeu, a preponderância do Conselho ainda persiste. Apesar de esta instituição não ser directamente representativa dos cidadãos a quem os actos comunitários se destinam, a competência legislativa³⁰ continua a centrar-se nela. Não obstante o poder decisório

³⁰ Haja em vista que os membros do Conselho são Ministros (ou membros das Administrações nacionais) no Estado-membro de que são nacionais, exercendo por isso funções essencialmente políticas e de governo (embora também legislativas e administrativas), e assumem - cumulativamente - a função legislativa no ordenamento comunitário. Devido a esta circunstância, têm sido várias as tentativas por parte da Assembleia da República de legitimar a legislação comunitária de intervenção ministerial. A dar forma a essas tentativas, a revisão constitucional de 1992 visou regular as relações entre o Parlamento e o Governo, fazendo impender sobre este - no âmbito das funções políticas - a obrigação de informação da Assembleia. Porém, a Lei Constitucional n.º 20/94, de 15 de Junho, conquanto expresse a necessidade de a Assembleia da República acompanhar e apreciar o processo de construção europeia, engloba este objectivo no âmbito da sua «competência quanto a outros órgãos» (art. 163.º, al. f), e não no âmbito da sua «competência política e legislativa própria», o que acarretou aumento de poder do Governo nas matérias europeias. A última revisão constitucional de 1997 (Lei Constitucional n.º 1/2001), tenta de novo alargar a possibilidade de intervenção e fiscalização Parlamentar em assuntos europeus (art. 161.º, al. n), mas acaba por, de

ser partilhado com o Parlamento (co-decisão), não podendo adoptar-se nenhum acto relativamente ao qual este haja manifestado oposição, é sempre o Conselho que se afirma como seu autor. E, ainda que seja imprescindível a participação daquele, não se esqueça que lhe está subtraído qualquer juízo de oportunidade ou de orientação legislativa, já que não dispõe de poder de iniciativa. Note-se, por fim, que o poder de decisão do Conselho não se cinge à adopção de actos normativos,

alguma forma, falhar os seus propósitos devido à circunstância de as resoluções da Assembleia da República poderem não vincularem as posições do Governo no Conselho da União no tocante a matérias da sua competência reservada, logo com grande impacto nacional.

Não é exclusivamente portuguesa uma certa tendência para a «desparlamentarização» das funções nobres dos Parlamentos a favor dos Governos. Estes têm vindo a exercer as suas competências externas, nomeadamente no campo das relações com a Europa comunitária, de forma quase exclusiva, apresentando os compromissos já concluídos, assim privando as assembleias nacionais de uma verdadeira possibilidade de escolha e apreciação das políticas e desígnios da Europa comunitária, tantas vezes em matérias que por tradição caíam no âmbito da competência exclusiva das Assembleias dos cidadãos. Lembre-se que os regulamentos comunitários são directamente aplicáveis, e as directivas, embora necessitem de transposição, mostram-se por vezes tão detalhadas que podem cercear as liberdades do legislador nacional, subvertendo a subsidiariedade. Pensamos que esta «circunstância» não está devidamente salvaguardada no espírito do novo n.º 9 do art. 112.º da Constituição da República Portuguesa (reserva de lei formal e apreciação parlamentar dos decretos de transposição). As competências comunitárias e o seu exercício têm vindo a conhecer um substancial aumento quantitativo e qualificativo que tem acarretado um desgaste das funções estruturais das Constituições, nomeadamente subordinando a plenitude dos Parlamentos sobre os Governos. Isto, sem embargo de a própria União Europeia ter vindo a incentivar a cooperação com os Parlamentos nacionais, como o prova a «Conferência dos Órgãos Especializados em Assuntos Europeus - COSAC» que associa - semestralmente - a voz dos Parlamentos nacionais e a do Parlamento Europeu. Na verdade, em terreno comunitário também se tem expressado a ideia da necessidade dos Parlamentos nacionais assumirem um maior protagonismo no processo de decisão comunitário. Refira-se que o Protocolo sobre o papel dos Parlamentos Nacionais introduzido em anexo ao Tratado da União e inserido pelo Tratado de Amesterdão que determina a obrigação de transmissão de informações àqueles, e que estipula o prazo de seis semanas entre a data da proposta da Comissão e o seu envio ao Conselho, para assim tornar possível a sua discussão prévia em terreno nacional, de acordo com a prática constitucional de cada Estado. Para além das propostas legislativas, são ainda enviadas as comunicações, os livros brancos e os livros verdes.

antes se materializa noutras matérias de assinalável importância, como é o caso do estabelecimento do orçamento comunitário ou da conclusão de acordos comerciais. A acrescer a este rol de circunstâncias atenuantes do poder do Parlamento refira-se que muitas matérias com dignidade legislativa escapam ao procedimento de decisão conjunta.

Por outro lado, a Comissão - também sem legitimidade democrática directa - além de exercer funções executivas, possui competências legislativas importantíssimas na disciplina da concorrência, bem como detém o poder de iniciar os procedimentos decisórios ou de modificar a sua proposta inicial. E nem se diga que o controlo democrático exercido pelo Parlamento Europeu sobre a Comissão basta para a munir da necessária legitimidade, pois se o processo da sua nomeação ilustra essa aspiração, já o seu funcionamento interno e procedimental sofre de grande opacidade.³¹

Não se esqueça que o constitucionalismo europeu só concebe o exercício do poder e da autoridade subordinado e conforme ao Direito. A organização política de uma comunidade deve fazer-se de harmonia com o princípio da divisão dos poderes, e ser orientada para a efectiva garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos. Princípios como o da soberania popular, confiança parlamentar e discussão parlamentar, integrantes do conceito de legitimidade democrática, não deveriam ser beliscados em virtude da delegação de competências operada a favor da União Europeia.

Ora, atento o inegável poder político detido pela União, poder esse directamente exercido sobre os cidadãos dos Estados, maior necessidade existe de o limitar e controlar. Aqui, apenas pretendemos constatar que a atribuição de natureza constitucional aos Tratados comunitários implica alguma adaptação da ciência constitucional tradicional, muito embora as suas ideias estruturantes não devam ser postas em causa pelo fenómeno da integração europeia.

³¹ Todas estas circunstâncias, a nosso ver, poderão vir a ser agravadas se as novas fórmulas previstas no Projecto Constitucional Europeu forem avante. Uma Europa com vinte e cinco membros governada, ou melhor, decidida por treze comissários com direito de voto, poderá tornar-se ainda mais longínqua e menos representativa, logo menos democratizante.

6. A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário

Como ficou anotado, os Tratados iniciais não dispunham de qualquer catálogo de direitos fundamentais, uma vez que os seus objectivos eram essencialmente de natureza económica. Mas depressa as suas atribuições se foram alargando a matérias da esfera de actuação exclusiva dos Estados, o que fez urgir a necessidade de prever um elenco de direitos fundamentais e a assunção de uma qualquer metodologia apta à sua tutela. A limitação dos poderes soberanos dos Estados-membros não poderia acarretar um retrocesso na tutela dos direitos fundamentais.

Ora, a «metodologia» seguida pela «União Europeia» foi assumida de três modos diferentes: primeiro, através da postura política assumida pelos próprios Estados-membros e instituições; segundo, pela jurisprudência comunitária e o seu «activismo progressivo»; e terceiro, mediante um elenco de meios graciosos à disposição dos particulares para «chamarem a atenção» das instituições comunitárias. A dimensão política da construção europeia permitiu ao Tribunal a elaboração progressiva de um catálogo (não escrito) de direitos fundamentais e um sistema específico de garantia desses mesmos direitos.

6.1. A postura política dos Estados e das Instituições

O mutismo inicial dos Tratados sobre a protecção dos direitos fundamentais era o reflexo do receio dos Estados quanto à adopção de modelos susceptíveis de colidirem com a sua soberania. No que concerne às grandes questões, é o consenso político entre os Estados a determinar as orientações de política legislativa e os destinos comunitários.

Nesse sentido, foram os Estados-membros ensaiando várias declarações políticas reveladoras da sua preocupação de afirmar o respeito pelos direitos fundamentais como regra de conduta nas Comunidades que tinham feito surgir. Assim, os direitos fundamentais passariam a funcionar como limite e fundamento do poder

comunitário, condicionando todo o exercício das instituições. Porém, apesar do simbolismo das referidas declarações, não poderiam as mesmas funcionar como verdadeiras fonte de direito. Segundo RUDOLF BERNHARDT, representariam todavia «revelações de princípios jurídicos» ou um «Direito Constitucional não escrito», verdadeiro pressuposto de funcionamento do Direito Comunitário, tanto a nível das instituições como a nível do comportamento interno dos Estados.

O «discurso estadual» foi salientando a dimensão política do processo de integração europeia revelando um projecto europeu alicerçado numa ideia de Direito tendo subjacente o respeito e a protecção dos direitos fundamentais. As dimensões do presente artigo não permitem a enumeração exaustiva de todas as iniciativas neste contexto, de modo que apenas lembraremos a importância do «Plano Fouchet» (União Política Europeia), dos «Relatórios de Davignon» (cooperação política europeia), da Declaração de Copenhaga (identidade europeia), do «Plano Genscher-Colombo» (Declaração de Estugarda), da Declaração sobre a Democracia e sobre os Direitos Fundamentais, do Relatório do primeiro-ministro Belga LEO TINDEMANS³² (União Europeia) e da própria «Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», cujo projecto haveria de ser elaborado à margem dos Tratados por uma instância *sui generis* com composição parcialmente estadual, designada por «Convenção» presidida por ROMAN HERZOG³³.

Também no seio das instituições comunitárias se afirmou gradualmente a vontade de declarar o respeito pelos direitos

³² «[...] A] construção europeia não é uma forma de colaboração entre Estados. É uma aproximação entre povos que procuram agir em conjunto para a adaptação da sociedade às mudanças do mundo, no respeito dos valores que são o seu património comum. Nos países democráticos, a vontade dos Governos, por si só, não basta para tal empreendimento. É necessária a consciencialização colectiva da sua necessidade, vantagens e realização progressiva, de modo que o esforço e os sacrifícios necessários sejam livremente aceites. A Europa deve estar próxima do cidadão. (...) Resta definir linhas de acção complementares. Sugiro que consideremos duas delas: - a *protecção dos direitos dos Europeus*, quando esta não possa ser assegurada exclusivamente pelos Estados nacionais; [...]»], «Relatório Tindemans sobre a União Europeia», cit. in *50 Anos de Europa - os grandes textos da construção europeia*, op. cit., p. 111.

³³ Cfr. *infra*..

fundamentais, enquanto princípio básico estruturante das suas condutas e decisões; também elas produziram uma série de relatórios, proclamações e outros instrumentos de cariz político e simbólico que reflectiam os seus intuitos, colmatando de algum modo a ausência de um catálogo de Direitos Fundamentais. A instituição que mais se destacou foi o Parlamento Europeu, atenta a sua vocação para exprimir a vontade dos povos na óptica da integração. Pense-se, por exemplo, na «Declaração Conjunta» do Parlamento Europeu, Conselho e Comissão Europeia, que já em 1977 apelava para o respeito dos princípios gerais de direito e manifestava o desejo de considerar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como parte integrante do Direito Comunitário, para assim vincular o exercício das atribuições comunitárias às exigências da Convenção. Haja ainda em vista o projecto vanguardista do Tratado da União Europeia da autoria do deputado europeu ALTERINO SPINELLI, apresentado em 1984 aos Parlamentos e Governos dos Estados-membros, que viria dar origem ao «Acto único Europeu». Recorde-se, por último, a «Declaração Comum Contra o Racismo e a Xenofobia», a «Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores» de 1989, e a «Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais».

6.2. O teor dos Tratados

As sucessivas revisões dos Tratados traduziram também o avanço das Comunidades no domínio da protecção dos direitos fundamentais. O preâmbulo da «Tratado da União Europeia» assinado em 1992 é elucidativo. Mais concretamente, o seu artigo F enuncia o respeito pelo princípio democrático: «A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário (...)». Muito embora o Tribunal de Justiça não tenha conhecido um aumento de competências concordante com a força do referido preceito, este, ao referir-se à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, eleva os direitos fundamentais nela consignados a princípios gerais de direito,

princípios esses a defender por aquele Tribunal, de forma independente da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O preâmbulo do Tratado de Amesterdão, assinado em 1997 e em vigor desde 1999, também invoca a importância dos direitos fundamentais, inclusivamente os de natureza social³⁴. Todo o articulado deste Tratado, bem como as modificações por ele introduzidas aos vários diplomas comunitários, traduz o empenho da «União Europeia» em assumir e proteger os princípios fundamentais da civilização ocidental. O Tratado enumera-os e assume-os³⁵ como princípios gerais de Direito Comunitário (comunitarização dos direitos nacionais) cujo acatamento constitui condição prévia de adesões (art. 49.º do Tratado da União Europeia), vinculando - em simultâneo - toda a actividade institucional. O art. 6.º do Tratado da União Europeia plasmou a base jurídica que viria a permitir a continuidade e o desenvolvimento do «método pretoriano» de tutela dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico comunitário. Pelo que se pode afirmar ter este dispositivo permitido a elaboração de uma espécie de catálogo não escrito de direitos fundamentais, por parte da jurisprudência comunitária.

Demais, a violação do preceituado no art. 6.º do Tratado³⁶ passou a ser causa de aplicações de sanções de natureza não exclusivamente política, nos termos do processo sancionatório previsto no art. 7.º do

³⁴ Para além de integrar o «Protocolo Social» e o «Acordo sobre Política Social», o Tratado de Amesterdão fez questão em referir a «Carta Social Europeia» de 1961 e a «Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores», enquanto documentos referenciais da Política Social comunitária (art. 136.º do Tratado da Comunidade Europeia). De referir que, de alguma forma, os arts. 136.º e 141.º já tinham o seu conteúdo influenciado por estes dispositivos.

³⁵ Trata-se do princípio da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais e pelo princípio do Estado de direito, que funcionam como elemento heurístico e hermenêutico da «União Europeia». Por outro lado, sendo comuns aos Estados-membros, também constituem princípios gerais de Direito Comunitário

³⁶ Cujos novo n.º 1 conhece a seguinte redacção: «A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-membros».

mesmo Tratado, entretanto alterado pelo Tratado de Nice, com vista ao estabelecimento de um sistema de vigilância precoce e avaliação permanente.

Não é viável empreender aqui uma análise rigorosa do referido art. 7.º. Ainda assim, atenta a importância da sua disciplina, não deixaremos de alertar para o facto de que - se as supostas violações procederem de Estados-membros - cabe a uma instituição comunitária a verificação da existência da violação e a aplicação das sanções (que podem ir até à suspensão do direito de voto no Conselho). Já se as mesmas procederem das Instituições, poderá o Tribunal de Justiça julgar da sua verificação e ordenar a sua anulação, nos termos gerais do recurso de anulação; declarar a sua abstenção de pronúncia nos termos do recurso de omissão; decidir por via de reenvio prejudicial; e, finalmente, conhecer da existência de responsabilidade civil por parte das instituições por violação de direitos fundamentais (art 46.º, al. d)³⁷. Tal implica que, se um Estado for acusado e sancionado, e se com isso não se conformar, não pode usufruir da tutela jurisdicional oferecida pelo Tribunal de Justiça enquanto garante da legalidade comunitária. Nos termos do art. 46.º, al. b), o Tribunal não pode conhecer da existência das violações dos princípios do art. 6.º por parte dos Estados (só o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem o poderá fazer), nem tão-pouco decidir sobre as deliberações tomadas pelo Conselho ao abrigo do processo sancionatório (a menos que se trate de disposições processuais do processo sancionatório). O que nos leva a afirmar que, nestes casos, o Conselho está investido num poder quase jurisdicional - não apenas político - sem ser um órgão de natureza jurisdicional! Muito embora

³⁷ Se a violação dos princípios enunciados no art. 6.º respeitar a matérias constantes do Tratado de Roma, a instituição competente para verificar e declarar a violação, já não é o Conselho reunido a nível de chefes de Estado e de Governo, mas sim o Conselho da União, isto é, o Conselho enquanto instituição composta por representantes dos Estados-membros, a nível ministerial. Isto porque no âmbito do Tratado de Roma não se aplica o dispositivo do art. 7.º ora referido, mas sim o art.309º. Em tudo idêntico ao anterior, já que na mesma um órgão não jurisdicional decide e aplica o leque de sanções previstas e na mesma ficando o Tribunal subtraído de exercer a sua competência.

julgar da violação de direitos fundamentais seja uma questão jurídica, não política.

Também cabe na «alçada» do Tratado de Amesterdão o reforço ao combate à discriminação, o reforço do princípio da igualdade, da política social³⁸, o tratamento de dados pessoais, e (ainda que apenas previsto na Acta Final) a declaração da abolição de pena de morte, o respeito pelo estatuto das igrejas e as necessidades especiais dos deficientes. O novo objectivo do estabelecimento progressivo de um espaço de «Liberdade, Segurança e Justiça» e da «União e o Cidadão» reflecte os diferentes horizontes da construção europeia. Os redactores do Tratado privilegiaram a dimensão política e colocaram as temáticas ligadas aos direitos fundamentais e às suas garantias em primeiro plano. Já a nível das questões institucionais, a proximidade do alargamento da União implicou a ampliação do âmbito do procedimento de co-decisão e sua simplificação, uma nova ponderação dos votos no Conselho, uma alteração na estrutura e funcionamento da Comissão, o reforço das competências do Tribunal, a maior participação dos parlamentos nacionais e, por último a criação da integração diferenciada. Todavia, muitas das necessárias reformas institucionais ultimadas pelo alargamento viram a sua discussão ser adiada para a Conferência Inter-governamental de 2000³⁹.

Relativamente ao Tratado de Nice, não se pode afirmar que foram de monta as alterações introduzidas no âmbito dos direitos fundamentais. No entanto, merece destaque o seu mais notável resultado: a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (cfr. *infra*).

³⁸ Para além de integrar o Protocolo social e o Acordo sobre a Política Social, faz referência à «Carta Social Europeia» de 1961, e à «Carta Comunitária dos Direitos Sociais dos Trabalhadores».

³⁹ A preparação da União para o alargamento passava pela discussão da dimensão e composição da Comissão; pela ponderação de votos no Conselho; pela extensão da maioria qualificada; pelas cooperações reforçadas ou integrações diferenciadas; pela reforma do Tribunal de Justiça; pela composição do Parlamento Europeu, do Tribunal de Contas; do Comité Económico e Social; e, finalmente, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União.

Com efeito, não obstante o sistema jurisdicional - de forma casuística - ter garantido a salvaguarda daqueles direitos, a inexistência de um documento que os positivasse e disciplinasse de forma geral e abstracta fez com que muitos dos Estados-membros receassem que a integração viesse a traduzir-se numa menor protecção aos direitos fundamentais dos seus cidadãos do que a concedida nos seus espaços nacionais de origem. Ora, tal receio acarretava também um outro - este do «outro lado da barricada» - era o temor de o «primado do direito comunitário» perder a plenitude da sua afirmação.

Esta situação levou a que se equacionasse a possibilidade de adesão à Convenção de Roma de 1950, ideia que depressa haveria de ser rejeitada pelo Tribunal, aquando da auscultação do seu parecer, em virtude da alegada falta de competência das Comunidades Europeias para esse efeito. Neste contexto, surgiu a ideia alternativa - proposta no Conselho Europeu de Colónia - de se redigir um catálogo de direitos designado «Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», cuja autoridade simbólica e política seria inegável, mas cuja natureza jurídica e poder vinculativo ficariam por esclarecer. De todo o modo, foi dada visibilidade ao acervo de direitos fundamentais dos cidadãos comunitários, embora se tivesse postergado para a próxima Conferência Intergovernamental, o seu debate e destino.

6.3. A jurisprudência comunitária e a tutela dos direitos fundamentais

Também a «actividade pretoriana» tentou suprir a falta de um catálogo de direitos fundamentais, através da elaboração progressiva de um específico método de protecção.

Como é sabido, o «activismo judicial» tem contribuído para o aprofundar da construção europeia e para o primado do direito comunitário. O que se ficou a dever ao carácter incompleto da ordem jurídica comunitária e ao «evolucionismo» que a dinâmica da integração foi solicitando. Com uma jurisprudência funcionalizada pelos objectivos prosseguidos pelos Tratados, o Tribunal tem sido

responsável pela criação de uma verdadeira «comunidade de direito», que reclama e impõe uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos dos particulares⁴⁰.

Antes de reflectirmos sobre a importância da jurisprudência para a tutela dos direitos fundamentais, importa assinalar que o Direito Comunitário pode ser aplicado por vários tribunais de mais de uma ordem jurídica: os tribunais dos Estados-membros e o Tribunal de Justiça. Por sua vez, o Tribunal de Justiça não é o único tribunal comunitário. Para além dele, existe o Tribunal de Primeira Instância, constitucionalizado pelo Tratado da União Europeia, bem como existirão, no futuro, as Câmaras Jurisdicionais, criadas pela última revisão de Nice. No entanto, ao longo deste estudo apenas nos referimos ao «Tribunal» enquanto jurisdição comunitária em sentido amplo.

Apesar de existir um desfasamento espacial entre a feitura dos normativos comunitários e a sua execução, posterga-se igual aplicação e efectividade⁴¹ em todo o espaço comunitário. Assim sendo, muito embora o particular possa exigir ao juiz nacional, a aplicação das

⁴⁰ «[...] Os quatro elementos-chave que outorgam a tutela jurisdicional em sequência temporal: o acesso à jurisdição; a possibilidade de se defender no processo; a resolução judicial que põe fim ao mesmo e por último, a efectivação do direito em termos práticos.» (Sónia Teixeira, *A Protecção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Europeia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, p. 29).

⁴¹ Como se sabe, o efeito directo não resulta de preceito expresso dos Tratados mas sim da jurisprudência. Em concreto, e pela primeira vez, no acórdão *Van Gend en Loos* (Proc. 26/62, Rec. 63, p. 3), o Tribunal considerou que os particulares poderiam invocar um normativo do Tratado junto às suas jurisdições nacionais, para assim lhes serem reconhecidos os respectivos direitos decorrentes. O que implicava a obrigação das jurisdições nacionais garantirem o exercício de direitos dos particulares. O funcionamento da ordem jurídica comunitária criava assim novos direitos, que os particulares poderiam invocar nas suas jurisdições, novos direitos esses que os juizes deveriam reconhecer, garantir e salvaguardar, em caso das obrigações resultantes da norma comunitária, serem claras, precisas e incondicionais. Isto sem prejuízo de os Estados, que efectivamente não cumpriam as obrigações decorrentes dos Tratados, verem o seu incumprimento fiscalizado pela Comissão (ou por outros Estados) por força dos arts. 226.º e 227.º. Este acórdão foi sucessivamente confirmado por jurisprudência posterior.

normas comunitárias em detrimento das nacionais, poderá também ver cercada a esfera de direitos reconhecidos pela sua Constituição ou pelas Convenções ratificadas pelo seu Estado, em virtude daquela primazia e efectividade.

O controlo da conformidade dos actos comunitários com os direitos fundamentais por parte do Tribunal não se limita às normas comunitárias, envolvendo também as normas que executam ou implementam normas comunitárias e as normas nacionais que excepcionem ou limitem a eficácia daquelas. Porém, convém desde já salientar que, em nome do princípio de repartição de competências, o Tribunal não fiscaliza a compatibilidade da legislação estritamente interna com os direitos fundamentais, estando a sua actuação reservada à área de aplicação dos Tratados.

Numa primeira fase, o Tribunal tendia para encarar as áreas de competência nacional e de competência comunitária como estritamente separadas, apenas garantindo o estrito respeito do Direito Comunitário. Esta «atitude reservada» do Tribunal - apesar de coerente com o silêncio dos Tratados acerca dos direitos fundamentais e consentâneo com a juventude das Comunidades - levou a que se declarasse incompetente para julgar da compatibilidade do direito comunitário com o direito constitucional de cada Estado-membro. Nas palavras de PESCATORE, a «atitude defensiva» do Tribunal explicava-se pela necessidade imperiosa de defender a uniformidade e garantir a primazia absoluta do direito comunitário. Foi assim no acórdão *Stork*⁴² e no acórdão *Scargala*⁴³, onde as partes invocavam direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ofendidos pela aplicabilidade directa e primazia do direito comunitário, ao que o Tribunal respondeu que não era da sua incumbência assegurar o respeito de quaisquer regras internas.

Mas, em alguns dos Estados, esta situação de eventual déficit de protecção levou a afirmar que a transferência de atribuições para as Comunidades europeias não poderia implicar pior protecção para os cidadãos, do que aquela que outorgava cada uma das suas

⁴² Proc. 1/58, Rec. 1959, p. 45.

⁴³ Proc.40/67, Rec. 1965, p. 279.

Constituições. Na verdade, a postura inicial do Tribunal, acabaria por pôr em causa a primazia e a autonomia do Direito Comunitário, pois os Tribunais constitucionais mais ciosos da sua função protectora, como é o caso do *Bundesverfassungsgericht*, e da *Corte Costituzionale*, depressa reagiram à situação (1967 e 1973)⁴⁴, declarando que, devido à inexistência de um catálogo de direitos fundamentais redigido por um parlamento, manteriam sob vigilância qualquer norma comunitária, afirmando-se competentes para declarar a sua eventual inaplicabilidade em caso de colisão com os direitos fundamentais outorgados pelas suas próprias Constituições.

A evolução da integração e o imperativo do primado do direito comunitário ditaram a necessidade de o Tribunal melhor assegurar o respeito pelos direitos fundamentais, pelo que o recurso aos princípios gerais de direito se oferecia como uma hipótese plausível para inverter a sua posição inicial. Os princípios em causa emanavam dos próprios Tratados e dos princípios gerais comuns aos Estados-membros, pelo que incumbia ao Tribunal o dever de os assegurar no âmbito da aplicação do Direito Comunitário.

⁴⁴ *Solange I*, *Europarecht*, 1975, e *Frontini*, *Foro Italiano*, 1974, I col. Já a sentença italiana *Granital*, de 1984, declara a primazia do Direito Comunitário. A decisão do Tribunal Alemão de 1986 - *Solange II* - devolveria a competência ao Tribunal comunitário para o controlo do respeito pelos direitos fundamentais relativamente aos actos comunitários, «enquanto» o último continuasse a garantir uma tutela eficaz e compatível com a que a Lei Fundamental Alemã garantia aos seus cidadãos. Na mesma sentença, ficou estabelecido que o juiz comunitário era o juiz legal, autorizou-se a transferência de soberania para organizações supranacionais, e abdicou-se do controlo da conformidade dos actos de direito derivado face aos direitos fundamentais constitucionais, nos termos referidos, isto é, em termos não definitivos. Posteriormente, aquando da reforma constitucional que possibilitou a ratificação do Tratado da União Europeia, formularam-se novos critérios para autorizar a participação alemã na União Europeia, que levou à pronúncia, em Outubro de 1993, da sentença do Tribunal Federal Constitucional, sobre Maastricht («Maastricht-Urteil»). Nesta sentença, sublinhou-se que a primazia da ordem jurídica comunitária foi autorizada pela aprovação interna, afirmou-se a soberania do povo alemão que cedeu a sua soberania, não de forma indeterminada ou ilimitada (principalmente no âmbito dos direitos fundamentais), mas nos termos do princípio da atribuição de competências. Mais tarde surge nova decisão *Solange III*, que volta a reexaminar o Direito Comunitário segundo os critérios da Lei Fundamental Alemã, o que revela um regresso ao *Solange I*.

Numa segunda fase, o Tribunal acusou uma viragem na sua postura, aquando da prolação do acórdão *Stauder*⁴⁵, onde já se afirma competente para averiguar da conformidade ou validade da disciplina de um regulamento face aos direitos individuais consignados nas Constituições dos vários Estados e compreendidos nos referidos princípios, cujo respeito era já assegurado pelo Tribunal. Os direitos fundamentais estavam como que integrados nos princípios gerais de direito que incumbia às Comunidades assegurar, pelo que o juiz os interpretava e aplicava segundo os objectivos específicos do Direito Comunitário. Isto possibilitou ao Tribunal recorrer ao direito dos próprios Estados-membros (tradições constitucionais comuns), para garantir a protecção dos direitos dos particulares, deste modo se alargando o poder de cognição do juiz comunitário.

O acórdão *Handelsgesellschaft*⁴⁶, a propósito de saber se um Regulamento podia violar o princípio da liberdade económica garantido pela Constituição alemã, reitera a posição do Tribunal no acórdão precedente, embora já acrescente que a salvaguarda dos direitos fundamentais garantidos pelas tradições comuns dos sistemas nacionais, enquanto parte integrante dos princípios gerais de direito, era sua incumbência específica. No entanto, no acórdão ressalta o facto de que ao Tribunal apenas cabia salvaguardar tais direitos à luz e em função dos objectivos comunitários, sob pena de paralisar a eficácia do Direito Comunitário no território dos Estados-membros. O recurso a regras nacionais como forma de aferir a validade dos actos institucionais, não poderia servir, na óptica do Tribunal, de expediente para cercear a unidade e especificidade do Direito Comunitário.

Numa terceira fase, a jurisprudência comunitária continuou a recorrer aos princípios gerais como fonte de direito, princípios esses que absorveram as tradições constitucionais comuns (comunitarização ou recepção material dos direitos fundamentais), mas, em jeito inovador, referem já aos compromissos internacionais sobre direitos fundamentais a que os Estados-membros tivessem aderido ou em cuja

⁴⁵ Proc. 26/79, Rec. 1979, p. 419.

⁴⁶ Proc. 11/70, Rec. 1971, p. 1125.

feitura tivessem colaborado, relativamente aos quais não se poderiam admitir medidas comunitárias incompatíveis.

Neste contexto de abertura e de alargamento das suas referências, o acórdão *Nolt*⁴⁷ ilustra bem a recepção material das tradições constitucionais comuns e do respeito pelos compromissos internacionais assumidos internamente pelos Estados-membros, passando o Tribunal a garantir uma dupla protecção alargando os «parâmetros de revelação» dos direitos a proteger⁴⁸. Dizemos *dupla* protecção porque, assim, o Tribunal garantia um *standard* mínimo decorrente das Constituições nacionais, e recorria ainda à bitola dos dispositivos das Convenções Internacionais, aplicando o nível de protecção mais elevado. Porém, tal garantia continuaria a ser perspectivada de modo compatível aos objectivos específicos dos Tratados, e apenas no tocante ao âmbito de aplicação ou actuação do Direito Comunitário. O que na prática poderia, como sucedeu, levar a diferentes interpretações dos dispositivos internacionais, consoante a sua proveniência tivesse origem no Tribunal de Luxemburgo, ou no de Estrasburgo.

Esta metodologia delimitou o âmbito de protecção dos direitos fundamentais por parte do Tribunal, e levou-o a ir definindo um catálogo não escrito de direitos fundamentais. Nesta altura, a Europa vivia um período de alargamento e aprofundamento que implicava uma grande intrusão das Comunidades no funcionamento das economias dos Estados⁴⁹. Contexto que reclamava do Tribunal a capacidade de garantir uma protecção pelo menos equivalente à já garantida pelos sistemas nacionais, e a necessária fiscalização da compatibilidade do direito nacional - resultante de implementação ou derrogação do Direito Comunitário - com a própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pelo que apenas as situações

⁴⁸ Os referidos compromissos internacionais passaram a considerar-se como elementos hermenêuticos utilizados pelo Tribunal. Porém, a «adesão platónica» à Convenção de Roma de 1950 tinha um significado especial, pelo que reclamava uma também especial salvaguarda quanto ao seu acatamento. Neste sentido acórdão ERT, Proc. C-260/89 e o *Defrenne e Sabena*, Proc. 149/77.

⁴⁹ Mediante disposições nacionais que executavam ou implementavam normas comunitárias, ou que excepcionavam os regimes comunitários das liberdades comunitárias.

meramente internas escapavam à sua apreciação.⁵⁰

No acórdão *Prais*⁵¹, a Senhora Vivien invoca um preceito da Convenção de Roma, a propósito de um concurso de prestação de provas, a que a requerente não pôde estar presente em virtude de imperativos de natureza religiosa (festa judaica). O Tribunal reconheceu o respeito pelas crenças religiosas - tal como as prevê a Convenção citada - como um direito fundamental reconhecido pelo Direito Comunitário. Seguir-se-ia⁵² o acórdão *Hauer*⁵³, onde se discutia a validade da proibição de plantios de vinha, face ao direito de propriedade previsto nas Constituições dos Estados, e face ao 1.º Protocolo adicional da Convenção de Roma, mas sempre tendo em mente o quadro dos objectivos comunitários a prosseguir. Depois, iriam surgir toda uma série de significativas decisões, como o acórdão

⁵⁰ Estas já caem no âmbito de competência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, depois de esgotados os mecanismos de natureza interna.

⁵¹ Proc. 130775, Rec. 1976, p.1589.

⁵² Não cabe nos limites deste artigo uma busca minuciosa de toda a jurisprudência a propósito da metodologia de protecção de direitos fundamentais, por parte do Tribunal Comunitário, porém, sendo ela tão abundante e profícua, não deixaremos de citar os acórdãos que nos parecem mais elucidativos. Assim, veja-se: o *Society for Protection of Children Ireland*, de 1990, sobre restrições à liberdade de expressão e liberdade de prestação de serviços; o *Marshall*, de 1988, sobre restrições à liberdade de actividades; o *Oleificio Borelli*, de 1991, sobre violação do direito a recurso e não emissão de parecer das autoridades nacionais; o *Fiskano*, de 1992, sobre direitos de defesa e fundamentação de decisões; o *Otto von Postbank*, de 1992, sobre direitos de defesa processual; o *Bostock*, de 1993, sobre a igualdade de tratamento e enriquecimento sem causa; o *TV 10*, de 1993, sobre liberdades de serviços e de expressão; o *Bosman*, de 1993, sobre livre circulação de trabalhadores e liberdade de associação; o *Scaramuzza*, de 1993, sobre respeito pela vida privada e familiar; o *Corwall*, de 1994, sobre igualdade de tratamento entre sexos; o *Kremzow*, de 1995, sobre direitos de defesa; o *Grant*, de 1996, sobre igualdade de remunerações entre os sexos; o *Annibaldi*, de 1996, sobre restrições ao direito de propriedade por motivos ambientais; o *Martinez*, de 1996, sobre livre circulação de trabalhadores e igualdade de direitos sociais; o *Demand*, de 1996, sobre quotas leiteiras e excedentes de produção; o *Cootte*, de 1997, sobre controlo de transposição de directivas e controlo jurisdiccional efectivo. Não finda aqui o elenco de acórdãos mais importantes para esta temática, mas todos os posteriores ao ano de 1997 inserem-se já - na nossa óptica - noutra fase da evolução da jurisprudência, pelo que, a seu tempo, de novo a eles nos referiremos.

⁵³ Proc. 44/79, Rec. 1979.

Valsabia (direitos de propriedade), o acórdão *Nacional Panasonic* (direitos de privacidade), o acórdão *Pecastaing* (processo equitativo), o acórdão *Keller* (livre exercício da produção de vinhos), o acórdão *Hoecht* (inviolabilidade do domicílio privado das pessoas colectivas), e o acórdão *Elliniki Radiophonia* (restrição de liberdade económica), e muitos outros de idêntico carácter. As decisões do Tribunal foram emitidas no estrito respeito dos «dispositivos» da Convenção Europeia, que se revelavam materialmente integrados nos princípios gerais de Direito tutelados pela ordem jurídica comunitária, embora aplicados à luz dos objectivos e do âmbito do Direito Comunitário.

Como já se aludiu, atendendo à constante referência à Convenção de Roma, resolveu o Conselho⁵⁴, em 1994, solicitar ao Tribunal, um Parecer acerca da viabilidade jurídica da adesão da Comunidade àquela Convenção (e seus Protocolos). De facto, devido ao aumento de atribuições comunitárias, a impossibilidade de recurso para a jurisdição de Estrasburgo contra actos da responsabilidade das Comunidades desmascarava uma lacuna de protecção dos Estados-membros e dos particulares, no domínio da aplicação decorrente do cumprimento dos Tratados. Se os actos estaduais estavam sujeitos ao controlo de Estrasburgo, os actos comunitários já não o estavam. Por outro lado, a interpretação do artigo F do Tratado da União Europeia reclamava a existência de uma garantia judicial efectiva. Na verdade, o compromisso de respeito assumido pela Comunidade, face aos direitos consignados na Convenção Europeia, nas palavras de MOURA RAMOS, «não é heteronomamente sindicável», o que apontava para a necessidade da adesão àquela Convenção.

Contendendo com problemas de índole técnico-jurídica e políticos, a adesão foi largamente debatida. Apesar das vantagens apontadas - a saber: legitimidade; coerência de jurisprudências; acesso à jurisdição de Estrasburgo - o receio das desvantagens - mormente: compatibilização; diferenciação de objectivos; sistemas institucionais

⁵⁴ A questão da adesão à Convenção de Roma começa em 1979, quando a Comissão Europeia propõe o debate institucional desta matéria. Mais tarde, em 1990, a proposta seria de novo colocada pela Comissão e acolhida favoravelmente pelo Parlamento Europeu.

distintos; heterogeneidade; controlo externo - o teor do Parecer 2/94⁵⁵ do Tribunal foi negativo, afirmando a «incompetência» das Comunidades para celebrar Convenções Internacionais em matéria de direitos fundamentais. Considerou-se que a adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem implicaria uma alteração substancial da natureza jurídica das Comunidades Europeias, uma vez que a Comunidade viria a fazer parte de outro sistema institucional e careceria de receber formalmente todos os dispositivos da Convenção. A adesão teria uma «relevância constitucional» que obstaría mesmo à aplicação do dispositivo do art. 308.⁵⁶ do Tratado da Comunidade Europeia, implicando então uma revisão dos Tratados em vigor, pelos próprios «donos dos Tratados» e não pelas suas instituições.

Numa quarta fase, tal Parecer (politicamente correcto), não obstante ter reforçado o desalento dos espíritos mais cépticos sobre a capacidade de protecção de direitos fundamentais do sistema jurisdicional comunitário, fez emergir a ideia de positivizar os direitos fundamentais reconhecidos pela jurisprudência. Tratava-se de corporizar todos os valores do ordenamento comunitário num documento - ainda que meramente orientador e não vinculativo - que, salvaguardando a autonomia do respectivo ordenamento jurídico, em simultâneo criasse um catálogo de direitos assinado por mão comunitária. Tal tomada de consciência fez com que o Conselho Europeu de Colónia de 1999, decidisse dar azo a esse desiderato, nomeando uma instância inédita, designada por «Convenção», especialmente constituída para o efeito.

Os trabalhos desta «Convenção» seriam aprovados pelas instituições e deram origem à «Carta dos Direitos Fundamentais da

⁵⁵ Parecer 2/94, de 28 de Março de 1996, Colectânea I-1759.

⁵⁶ Trata-se de uma cláusula de alargamento de competências, pois permite suprir a falta ou insuficiência de poderes para agir por parte das instituições comunitárias, em caso de ser necessário atingir um objectivo - no âmbito do mercado comum - contemplado pelos Tratados e de acordo com o princípio da repartição de atribuições. Porém, se o objectivo a atingir estiver manifestamente fora dos fins previstos nos Tratados, o recurso a esta cláusula não poderá servir de sucedâneo do processo de revisão. Razão pela qual a sua aplicabilidade suscita a verificação cumulativa de apertados requisitos de ordem formal e substancial.

União Europeia», proclamada no Conselho Europeu de Nice, em Dezembro de 2000, pelo Parlamento, pelo Conselho e pela Comissão.

A «Carta» não criava novas atribuições e competências para a Comunidade e para a União Europeia, nem tão pouco modificava as já definidas nos Tratados, porém garantia uma maior certeza no domínio da protecção dos direitos fundamentais, já que dava visibilidade aos direitos fundamentais e aos valores comuns da União Europeia. Os destinatários da «Carta» seriam as instituições, os órgãos comunitários e os Estados-membros, enquanto executores de Direito Comunitário. Por outro lado, nenhuma das suas disposições poderia ser interpretada de modo a restringir os direitos já reconhecidos pela ordem jurídica comunitária.

Pela primeira vez, fez-se compilar um conjunto de direitos num único texto, que definia e delimitava a sua protecção em todo o ordenamento comunitário. Muito embora se tivesse adiado a discussão da sua natureza jurídica, bem como da sua eventual integração no corpo dos Tratados comunitários, não se lhe pôde negar um alto valor simbólico⁵⁷. Mas não se esqueça que a «fundamentalização» formal e

⁵⁷ Está em causa um conjunto de direitos de natureza cívica, política, económica e social dos europeus, num único texto, cuja marca da Convenção Europeia e da jurisprudência comunitária se tornam evidentes. Podemos afirmar que a «Carta» materializou o acervo comunitário em matéria de direitos fundamentais. A «Carta» abre-se por um Preâmbulo que descreve a identidade europeia e compreende seis capítulos, a saber: Dignidade; Liberdades; Igualdade; Solidariedade; Cidadania e Justiça. Fecha-se pelas Disposições Gerais, que se destinam a fixar o âmbito de aplicação da "Carta" (destinatários) e dos direitos garantidos pela mesma (amplitude e restrições horizontais de cada direito). Na parte final, sublinha-se o respeito da União pelo princípio da repartição de competências, bem como o grau de abertura europeia face ao conteúdo de outros instrumentos de protecção de direitos fundamentais, de natureza constitucional ou internacional. Além de dotar a União Europeia de maior legitimidade, contribuiu para o alargamento do campo de cognição do juiz comunitário, pois é mais um instrumento que este evoca ao longo da sua actividade de interpretação do Direito Comunitário. Mas o referido alargamento do seu campo de cognição acarretou a perda da sua exclusividade enquanto entidade reveladora dos direitos fundamentais aplicáveis no espaço europeu. Apesar deste documento permitir aos seus titulares usufruírem de maior certeza jurídica, o sistema jurisdicional não foi alterado, pelo que as regras de acesso dos indivíduos à justiça comunitária permanecem idênticas. Sobre a «Carta», ver por todos António Goucha Soares, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

material daqueles direitos não implicou a sua assimilação a uma Carta Constitucional análoga à das de qualquer Estado soberano.

A proclamação da Carta não fez inflectir o Tribunal na sua vocação de garante da tutela efectiva dos direitos fundamentais no espaço comunitário. Pelo contrário, de 1999 para cá, a jurisprudência comunitária tem-se revelado mais «activista» e afirmativa, correspondente às novas exigências da Europa pós-Amesterdão e pós-Nice. Apesar de a tutela dos direitos fundamentais se basear na construção pretoriana do Tribunal, sempre este revelou uma postura fiel aos Tratados e à vontade dos Estados, quanto ao ritmo de integração a imprimir às Comunidades.

Atente-se, por exemplo, no processo *Marie-Nhatalie D'Hoop*⁵⁸, a propósito de um caso de discriminação inversa de uma cidadã Belga que pretendia um subsídio social, que lhe era negado pelo seu país de origem em virtude de ter feito uso das suas prerrogativas comunitárias deslocando-se para outro Estado-membro. O Tribunal de Justiça substituiu-se à jurisdição nacional, na sua missão de garante de direitos fundamentais assegurados aos próprios cidadãos nacionais, evitando que estes sofram um tratamento nacional mais desfavorável do que aquele aplicado pelo seu país de origem aos cidadãos comunitários.

O processo *Matthews c. Reino Unido*, de 1999, em jeito precursor⁵⁹, permitiu «cruzar» a fiscalização dos órgãos de Estrasburgo, relativa a actos estaduais de execução de Direito Comunitário, com a do Tribunal de Justiça através de queixas contra a própria Comunidade. A jurisdição de Estrasburgo responsabilizou os Estados por violação de dispositivos da Convenção Europeia (a que estão subordinados), em caso de transferência de competências para Organizações Internacionais, quando estas não garantam uma protecção equivalente à que os Estados - até àquela transferência -

⁵⁸ Proc. C-224/98.

⁵⁹ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se havia confrontado com o Direito Comunitário; mas, embora inicialmente evitasse apreciar a conformidade dos actos comunitários com a Convenção, nos últimos anos começou a fiscalizar actos estaduais de carácter comunitário. Vindo até a afirmar que a transferência de atribuições dos Estados para Organizações Internacionais, não os ilibaria de responsabilidades face à Convenção Europeia.

proporcionavam. A partir deste processo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem começou a admitir uma espécie de responsabilidade colectiva ou conjunta a imputar aos Estados, membros da União Europeia e partes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que poderá fazer perigar a autonomia da ordem jurídica comunitária. Tal decisão reforçou a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos comunitários, face a lacunas de protecção de origem comunitária, sem no entanto se ter verificado qualquer adesão à Convenção⁶⁰. O Tribunal de Estrasburgo proclamou a sua competência subsidiária para aferir da violação de direitos fundamentais por parte da legislação estadual de aplicação comunitária, bem como condenou os Estados pela violação das suas disposições. Ainda assim, e apesar da evolução operada pelo acórdão referido, as divergências de interpretação e o conflito de fidelidades entre ambas as jurisprudências, continuam a não estar plenamente resolvidas, podendo ocasionar-se brechas na protecção dos particulares. De todo o modo, pensamos que esta nova postura das relações entre a ordem jurídica comunitária e a do sistema da Convenção Europeia foi também uma causa próxima para a elaboração do catálogo de direitos da União Europeia.

Atente-se, por exemplo, no acórdão *Jégo-Queré et Cie AS*⁶¹, que afirma a necessidade de uma protecção dos particulares invocando expressamente a Carta. Tratava-se de um pedido de anulação de alguns artigos de um Regulamento que estabelecia medidas para a recuperação das unidades populacionais de pescada em zonas específicas. A sociedade, para além de invocar o princípio da proporcionalidade, igualdade e fundamentação, invoca o art. 6.º da Convenção de Roma (direito a um processo equitativo) como fonte de

⁶⁰ Repare-se que tal possibilidade do Tribunal Europeu, ainda que a título subsidiário, revela-se extremamente perigosa para os Estados-parte, pois a dupla lealdade pode tornar-se insustentável para estes. Pense-se no caso das lacunas de protecção específicas do ordenamento comunitário, no tocante ao direito ao acesso à tutela jurisdiccional efectiva, em concreto ao direito ao juiz (dificuldade de recursos directos e inexistência de recursos constitucionais), que o ordenamento comunitário não tem conseguido superar, apesar de todas as revisões operadas.

⁶¹ Proc. T-177/01.

interpretação extensiva da disposição comunitária do mecanismo de anulação de actos comunitários (art. 230.º do Tratado da Comunidade Europeia), uma vez que, não existindo actos nacionais de adopção, ficaria privada de recurso, logo, sem qualquer mecanismo de salvaguarda dos seus direitos. O Tribunal de Primeira Instância invoca o direito ao recurso efectivo para «contestar a legalidade de disposições comunitárias de carácter geral», direito previsto no art. 47.º da Carta, e manda prosseguir o processo, julgando improcedente a excepção de inadmissibilidade da Comissão Europeia.

O acórdão *Carpenter*⁶², de novo a propósito de discriminação inversa, também se revela paradigmático, pois acaba por apreciar e pronunciar-se sobre a pertinência de medidas nacionais internas. Em causa estava um pedido de decisão prejudicial apresentado por um tribunal do Reino Unido quanto a saber se se poderia invocar a Directiva 73/148 CEE, relativa à supressão de restrições à deslocação e residência de cidadãos comunitários no interior da Comunidade (com base jurídica no 49.º do Tratado da Comunidade Europeia), como fonte do «direito de residência» de uma filipina - que entretanto recebera ordem de expulsão - no país de origem do seu cônjuge. Depois de concluir pela dimensão comunitária da situação, a Advogada-geral considerou que o Tribunal deveria fornecer à jurisdição de reenvio os elementos interpretativos necessários para lhe possibilitar a apreciação da conformidade das regras nacionais com os direitos conferidos pelo ordenamento comunitário (Directiva 73/148) no contexto e à luz do Direito Comunitário. A Advogada-geral acaba por afirmar que o princípio do respeito pela vida privada e familiar, garantido pelo artigo 8.º da Convenção Europeia, faz parte da ordem jurídica comunitária, e implica a ponderação da proporcionalidade da medida de expulsão face à defesa da ordem e segurança pública. Sendo assim, qualquer restrição desproporcionada ao seu gozo ou fruição constituiria uma ingerência ilegítima do próprio Estado-membro face a uma liberdade fundamental garantida pelo próprio Tratado.

⁶² Proc. C-60/00.

Finalmente⁶³, observem-se as conclusões do Advogado-geral, apresentadas no Processo C-224/00, da Comissão das Comunidades Europeias contra a República Italiana, relativa ao incumprimento do Estado por violação do art. 12.º do Tratado da Comunidade Europeia. Estava em causa aferir a compatibilidade de um dispositivo legal interno sobre circulação rodoviária com o direito comunitário. O Advogado-geral relembra a importância do direito à tutela jurisdicional efectiva, como princípio geral de Direito Comunitário decorrente das tradições constitucionais comuns e da Convenção Europeia, como ainda cita a própria Carta, em concreto o seu art. 41.º, que proclama o direito a uma boa administração, que estaria a ser cerceado pelo dispositivo interno italiano, privando de audição os infractores detentores de veículos registados no estrangeiro.

Do exposto, podemos retirar que o Tribunal foi desenvolvendo uma «metodologia» própria de protecção de direitos fundamentais, nos termos acima expostos, desvinculada formalmente de qualquer controlo externo, libertando os juizes de qualificações jurídicas que lhes tolheriam a actividade criativa, o que lhes possibilitou servirem de veículo aos próprios anseios dos Estados-membros, enquanto «donos dos Tratados».

⁶³ Como já dissemos, não é viável no âmbito deste trabalho um levantamento exaustivo de toda a jurisprudência pertinente, porém gostaríamos apenas de referir a mais elucidativa. Assim, temos várias peças do Tribunal que ilustram a referência constante da Convenção Europeia e da própria Carta, em assuntos que se prendem com os direitos fundamentais dos cidadãos comunitários. Entre elas: Proc. T-77/01 (anulação de decisão sobre auxílios de Estado e protecção jurisdicional efectiva); Proc. C-192/99 (decisão a título prejudicial sobre a interpretação do arts. 17.º e 18.º do Tratado da Comunidade Europeia a propósito de um pedido de autorização de residência no Reino Unido e Protocolo n.º 4 da Convenção Europeia); Proc. C-438/99 (Protecção de despedimento de trabalhadoras grávidas, efeito directo de directiva e princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres); Proc. C-466/00 (Tramitação processual comunitária de acordo com o art. 6.º da Convenção Europeia e direito fundamental de defesa mediante audição depois da apresentação das conclusões gerais); Proc. C-285/98 (Igualdade de tratamento entre homens e mulheres, direito de acesso das mulheres a empregos militares e inaplicabilidade de direito interno).

6.4. Meios de tutela gratuitos à disposição dos indivíduos

Decorre do regime da cidadania comunitária todo um leque de direitos de teor cívico e político. Estamos a pensar no direito geral de petição (arts. 21.º e 194.º do Tratado da Comunidade Europeia), relativo a pedidos e queixas dos cidadãos apresentadas perante a Comissão das Petições; na Provedoria comunitária (art. 195.º), que enquanto órgão comunitário nomeado pelo Parlamento Europeu está encarregue de investigar, inquirir e produzir Relatórios; e, finalmente, no direito de queixa à Comissão Europeia, no âmbito da competência de plena jurisdição do Tribunal, que possibilita ao queixoso suscitar a atenção da Comissão Europeia, com vista a esta dar início a um processo jurisdicional no Tribunal (art. 226.º do mesmo Tratado).

O funcionamento e a função destes institutos ilustram a vontade da União se afirmar como um espaço de valores democráticos. Estes direitos aproximam o funcionamento da União Europeia do dos Estados soberanos e reforçam o leque de alternativas a que o particular poderá lançar mão para a protecção dos Direitos Fundamentais.

6.5. A aptidão do sistema jurisdicional comunitário para a tutela efectiva dos direitos fundamentais

Como todos os sistemas, tão-pouco este é perfeito. Há problemas e ambiguidades que subsistem em virtude da existência simultânea de dois sistemas de protecção sobrepostos no mesmo espaço. Tal duplicação de sistemas, para além de suscitar potenciais conflitos de interpretação pode levar a uma falta de identidade europeia relativamente aos direitos fundamentais, cuja resolução incumbirá ao Tribunal de Luxemburgo. Falta de identidade e conflitos de sobreposição que a «Carta» mais do que relativizar, é susceptível de vir a acentuar.

Poderão também ocorrer lacunas de protecção específicas do sistema jurisdicional comunitário, logo fundadas na autonomia da ordem jurídica comunitária, por falta de meios de recurso à disposição dos particulares para a tutela dos seus direitos fundamentais. Apesar da existência da «Carta», as referidas lacunas de

protecção acentuar-se-ão, devido à extensão de atribuições comunitárias e ao alargamento a novos Estados.

Por outro lado, quando o Tribunal de Justiça verifica a compatibilidade dos actos estaduais de aplicação ou de derrogação do Direito Comunitário, actua de forma idêntica a uma jurisdição constitucional. E não podemos deixar de confrontar a capacidade protectora do ordenamento jurídico comunitário com o sistema constitucional português, que, como já vimos, é extremamente rico e completo. De facto, conforme verificámos, a Constituição portuguesa confere a todos os tribunais competência para recusarem a aplicação de normas inconstitucionais, permitindo o acesso ao Tribunal Constitucional, a nível abstracto preventivo ou sucessivo, a nível concreto e a nível de recurso de omissão. Para além desta panóplia de recursos, a Constituição ainda estabelece a responsabilidade civil do Estado, nos termos atrás referidos. Pensamos que, na União Europeia, para além de não se oferecerem recursos similares a estes, a lógica do primado e do efeito directo fez com que se subtraísse parte significativa daqueles recursos da disponibilidade dos seus titulares.

É certo que a evolução comunitária levou ao aperfeiçoamento e ampliação dos direitos fundamentais, mas tem descurado a revisão dos mecanismos de tutela. Não pode haver fundamentalização sem a correspondente justiciabilidade.

Aqui cumpre apenas enunciar o tipo de protecção que o sistema jurisdicional comunitário oferece aos indivíduos, em cada uma destas situações. Assim: os actos comunitários têm de respeitar os direitos fundamentais nos termos já mencionados; alguns poderão apresentar conteúdos contrastantes com a Convenção Europeia; alguns destinam-se e aplicam-se directamente a particulares; os particulares têm um difícil acesso ao Tribunal de Luxemburgo; os particulares não podem impugnar a validade desses actos - quando de direito derivado - no Tribunal de Estrasburgo devido à Comunidade Europeia não ser parte na Convenção Europeia.

Com efeito, os *recursos directos* com vista à anulação de actos comunitários de carácter normativo são de difícil acesso para os particulares que têm de provar o interesse em agir. Excepção feita à fiscalização da legalidade das decisões, o particular só pode recorrer,

isto é, só tem legitimidade processual activa, relativamente a actos que lhe digam directa e imediatamente respeito⁶⁴, e ainda há-de provar que tem interesse pessoal na acção. O que significa que, nos termos do art. 230.º do Tratado da Comunidade Europeia, o particular, pode recorrer das Decisões a ele dirigidas e das Decisões aprovadas sobre a forma de Regulamento, ou das Decisões dirigidas a outra pessoa que lhe digam directa e imediatamente respeito. Parece-nos um regime restritivo do direito fundamental de acesso à justiça garantido pela Convenção Europeia e pelas Constituições dos Estados, principalmente tendo em atenção que a transferência de competências dos Estados para a União Europeia tem sucessivamente aumentando.

Julgamos também que a excepção de ilegalidade ou de invalidade prevista no art. 241.º, apesar de alargar o apertado prazo dos dois meses previsto pelo 230.º, não atenua esta circunstância. Nem tão-pouco a possibilidade de o juiz comunitário decretar as medidas cautelares previstas no art. 242.º (suspensão da eficácia do acto impugnado) e 243.º (providências não especificadas) do mesmo Tratado a resolve em definitivo.

Por outro lado, alguns actos institucionais que não respeitem os direitos fundamentais, que apresentem conteúdos contrastantes com a Convenção Europeia, que se destinem a particulares mas dependam de medidas nacionais de execução ou implementação, que impliquem juízos de apreciação das autoridades nacionais ou que derroguem os regimes das liberdades asseguradas pelos Tratados, são insusceptíveis de serem impugnados directamente pelos particulares no Tribunal de Luxemburgo. Mas já podem sê-lo junto do Tribunal de Estrasburgo,

⁶⁴ Resulta do acórdão *Plaumann*, do ano de 1963, o conceito de afectação individual, e do acórdão *Toepfer*, do mesmo ano, a noção de interesse directo. Os acórdãos sucessivos foram suavizando o carácter hermético destes, embora persista o seu carácter restritivo (veja-se o *Metro/Comissão* (Proc.26/76), o *Cofaz/Comissão* (Proc.169/84), o *Air France/Comissão* (Proc.3/93), o *Van der Kooy/Comissão* (Proc. 70/85), entre muitos outros). O primeiro conceito significa a possibilidade de um cidadão ser atingido nos seus direitos devido a certas qualidades especificamente suas, ou devido a uma situação factual dirigida a outrem, o atingir de maneira análoga à do real destinatário. O segundo conceito significa que o acto em apreço priva o particular de um direito ou lhe impõe uma obrigação, sem que para tal o Estado membro de que o particular seja nacional o execute ou implemente através de medidas internas.

devido a terem origem em actos (estaduais) da autoria de Estados-partes da Convenção Europeia; como podem (reunidos os requisitos do efeito directo) deles recorrer os particulares nos tribunais internos do seu Estado. Por sua vez, estes últimos poderão - em nome da uniformidade do direito comunitário - questionar (a título prejudicial) o Tribunal de Luxemburgo, que se pronunciará tendo em conta o primado do Direito Comunitário e a conformidade com os objectivos daquele ordenamento.

Eventualmente, coexistirão no mesmo espaço, relativamente aos mesmos actos, recursos nacionais de fiscalização (actos internos nacionais), recursos no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (margem de apreciação da responsabilidade dos Estados-partes) e «questões prejudiciais», entretanto também «fiscalizadas» pelo Tribunal de Luxemburgo (liberdades fundamentais dos Tratados e actos de execução dos mesmos), aferidas sob perspectivas diferentes. Nos primeiros e segundos recursos, pondera-se a compatibilidade da regulamentação nacional sob perspectiva constitucional e em conformidade com os compromissos decorrentes da Convenção Europeia. Nos terceiros, pondera-se a compatibilidade da regulamentação nacional (resultante de compromissos internacionais) com princípios gerais de Direito Comunitário, nos termos já descritos.

O que se nos afigura fundamental, em sede da protecção dos direitos dos particulares, é que, agora, o Tribunal de Justiça não proteja em menor medida do que antes da transferência de atribuições (justamente por causa desta). Tal levaria a um «empobrecimento sem causa» da tutela dos Direitos Fundamentais.

Por outro lado, o *mecanismo das questões prejudiciais*, embora não estabeleça o acesso directo dos indivíduos à justiça de Luxemburgo, vem, mediatamente, permitir atingir o mesmo objectivo. Isto porque a garantia da interpretação e aplicação uniforme do Direito Comunitário, desemboca no exame da compatibilidade dos actos estaduais de execução⁶⁵ daquele direito relativamente à Convenção

⁶⁵ Que englobam actos legislativos ou regulamentares, no âmbito de implementação do Direito Comunitário por parte dos Estados.

Europeia, bem como das disposições nacionais restritivas das liberdades comunitárias fundamentais estabelecidas nos Tratados comunitários, por parte do Tribunal de Luxemburgo, embora sob a sua óptica.

Os juízes nacionais são os «juízes comuns da ordem jurídica comunitária», pelo que, sempre que confrontados com uma norma comunitária (ou acto estadual de execução ou restrição do Direito Comunitário) relativamente à qual tenham dúvidas interpretativas ou de validade relevantes para a decisão da causa, podem ou devem remeter para o juiz comunitário a questão em causa, assim assegurando uma efectiva protecção dos particulares.

Mas, repare-se, o sistema apresenta pontos débeis na sua capacidade protectora dos direitos dos particulares. Que são fáceis de enumerar: tem de existir um litígio pendente num tribunal interno; não há sanção específica para o caso de o juiz do processo não suscitar a questão prejudicial; a apreciação da pertinência da questão, do seu conteúdo e de sua oportunidade, pertence à competência do juiz do processo. E ainda: o Tribunal comunitário deve fornecer, ao juiz nacional, elementos de interpretação, mas por vezes acaba por ministrar também elementos que induzem a aplicação concreta do direito. Por fim, o acatamento das decisões do Tribunal, por parte das jurisdições nacionais, não é inelutável.

Por tudo isto, acreditamos que as ambições comunitárias no sentido de proporcionar uma efectiva defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos esbarram com toda esta série de «fraquezas» do seu sistema jurisdicional. Urge porventura um novo recurso análogo ao «amparo»...

7. Breve conclusão

Terminámos, enunciando diversas conclusões em jeito de teses.

- Os direitos fundamentais são inalienáveis e conferem legitimidade ao poder político organizado.
- A Constituição Portuguesa proclama um vasto leque de direitos fundamentais estruturantes e fundamentantes de toda a ordem jurídica portuguesa.

- Os direitos fundamentais proclamados pela Constituição Portuguesa gozam de um nível de protecção diferenciado, a nível jurisdicional (processual) e não jurisdicional (institucional), bem como a nível interno e internacional (para além de usufruírem do regime de Responsabilidade do Estado em caso de violação).
- Porém, o nosso sistema de tutela de direitos fundamentais não conhece uma "acção constitucional de defesa", análoga ao amparo dos países hispânicos ou à *Verfassungsbeschwerde* dos países germânicos;
- Pelo que a possibilidade de invocar a violação desses direitos em todos os tribunais se reveste de particular importância; bem como de extraordinária importância se revela o direito de suscitar o incidente de inconstitucionalidade ou de recurso para o Tribunal Constitucional.
- Portanto, se a nível institucional a República Portuguesa garante aos seus cidadãos um alto nível de protecção, já a nível processual o sistema não é tão elaborado. Razão pela qual o recurso a instâncias internacionais, nomeadamente o recurso individual para o Tribunal dos Direitos do Homem, assume papel determinante.
- Entretanto, a aplicação do Direito Comunitário nas ordens jurídicas nacionais, fez levantar problemas de legitimidade democrática e reclama a implementação de uma qualquer metodologia de protecção dos direitos fundamentais concordante com o avanço das atribuições e competências comunitárias.
- Desejato que foi sendo realizado tanto pela postura política dos Estados na União Europeia, como pela sua própria evolução política comunitária, bem como pela sua jurisprudência vanguardista.
- A recepção material das tradições constitucionais comuns e do conteúdo dos instrumentos internacionais sobre direitos fundamentais permitiu que tais referências passassem a

funcionar enquanto princípios gerais de direito que cabia às Comunidades preservar e aos cidadãos invocar, assim se colmatando a inexistência de um catálogo de direitos fundamentais.

- A proclamação da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* inseriu-se neste movimento comunitário de tutela de direitos fundamentais. Mas, apesar da visibilidade e positividade emprestada pelo documento, os efeitos de sobreposição das ordens jurídicas e das respectivas jurisprudências (nacional, de Estrasburgo e do Luxemburgo) podem desencadear conflitos de colisão de direitos de difícil resolução, em prejuízo da efectiva tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.
- Prejuízo que a repartição de competências implica e o funcionamento do sistema jurisdicional comunitário não resolve, antes ressalta. Na verdade, afiguram-se limitadas as condições de acesso directo dos cidadãos à justiça comunitária, e incertas as condições de admissibilidade dos recursos indirectos.
- A nosso ver, urge o reforço da eficácia do sistema jurisdicional comunitário em prol dos novos desafios com que a Europa se depara.

BIBLIOGRAFIA

ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O Artigo 235.º do Tratado da Comunidade Europeia - Cláusula de Alargamento de Competências dos Órgãos Comunitários*, Lex, Lisboa, 1993.

ANA SALINAS DE FRIAS, *La Protection de los Derechos Fundamentales en la Union Europea*, Editorial Camares, SL, 2000.

ANTÓNIO GOUCHA SOARES, *Repartição e Preempção de Competências no Direito Comunitário*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Protecção dos Direitos Fundamentais do Ordenamento Comunitário, Coimbra Editora, 2002.

ANTÓNIO SAGGIO, "A Protecção dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Comunitária", in *Colecção Divulgação do Direito Comunitário - O Sistema Jurisdicional Comunitário e a sua Contribuição para a Integração Europeia*, Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu, ano 5, n.º 13, 1993.

CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2.a edição, 2001.

IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Coimbra - Editora, 2.a edição, 1999.

JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 3.a edição, 2000.

JOSÉ CARDOSO DA COSTA, "A Tutela dos Direitos Fundamentais", in *Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa 1980.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3.a edição, 1993.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2000.

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, "A Protecção dos Direitos dos Cidadãos no Espaço Comunitário", in *Valores da Europa-Identidade e legitimidade*, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, S. João do Estoril, 1.a edição, 1999.

"O Contencioso Comunitário. Competência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias", in *Integração Europeia - Perspectivas*, Edições Cosmos, Lisboa, 1993.

"A Protecção dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Comunitária", in *Boletim da Faculdade de Direito, STUDIA IURIDICA - 61, Ad Honorem - I, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

JOSEF H. H. WEILER, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, "A Human Rights Policy for the European Community and Union: the Question of Competences", Harvard Law School, Cambridge, USA, 2000.

KOEN LENAERTS, "The Legal Protection of Private Parties under the EC Treaty: A Coherent and Complete System of Judicial Review?" in, *Diritto del UE*, vol. II, A. Giuffrè Ed., Milano, 1998.

MANUEL AFONSO VAZ, *Responsabilidade Civil: o presente e o futuro*, Centro Regional do Porto da Universidade Católica, 2000.

MARIA LUÍSA DUARTE, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias - Direito Comunitário Institucional - União Europeia e Constituição - Direito Comunitário Material*, Coimbra Editora, 2000.

NORBERTO FERREIRA DA CUNHA, "A Declaração Universal dos Direitos do Homem", in *Justiça e Direitos Humanos*, Colecção Hespérides, Universidade do Minho/Centro de Estudos Humanísticos, Braga, 2001.

NUNO PIÇARRA, "O Juiz Comunitário Perante os Novos Desafios em Matéria de Protecção dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in *Direitos Humanos: a promessa do século XXI*, Elsa Portucalense, 1996.

PHILIP, ALSTON, JOSEF H. H. WEILER, *An Ever Closer Union's in Need of a Human Rights Policy. The European Union and Human Rights*, Oxford University Press, 1999. Oxford, 1999.

RUI MANUEL GENS DE MOURA RAMOS, "O Tratado de Nice e a Reforma do Sistema Jurisdicional Comunitário", in *A União Europeia, Faculdade de Direito, Curso de Estudos Europeus*, Coimbra, 1994.

SÓNIA TEIXEIRA, *A Protecção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Europeia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.