

Daniela Serra Castilhos
Dora Resende Alves
Coord.

Temas de Direito da União Europeia



IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

JEAN MONNET ★
PORTUGALENSE

TEMAS DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Daniela Serra Castilhos

Dora Resende Alves

(Coordenação)

Porto

2022



Este trabalho é financiado ao abrigo do Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights, com o número 600502-EPP-1-2018-1- PT-EPPJMO-MODULE.

O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão académico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrónica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no que se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação double-blind review em conformidade com a especialização da matéria.

Citação:

CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende (coord.). Temas de Direito da União Europeia, Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, 2022, 336 págs. ISBN: 978-989-53762-0-9

Ficha Técnica

© 2022 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Título: Temas de Direito da União Europeia

Coordenadores: Daniela Serra Castilhos; Dora Resende Alves

Edição e Diagramação: Talita Corrêa Gomes Cardim e Rosilandy

Lapa

© [Autores vários]

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF

ISBN: 978-989-53762-0-9

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

4460-282.

Agosto, 2022

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal

504477/22

AGRADECIMENTOS

Agradeço o apoio e suporte financeiro da União Europeia que possibilitou a existência do Módulo Jean Monnet *The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights*.

Agradeço à Universidade Portucalense que sempre soube valorizar a importância do Módulo Jean Monnet apoiando desde a minha iniciativa de propor a candidatura até a execução final. Destaco a participação da Professora Doutora Maria Manuela Magalhães Silva, Diretora do Departamento de Direito, sempre ativa na resolução de problemas com o intuito de possibilitar que todos os resultados do Módulo fossem alcançados com a mais alta qualidade.

Agradeço à Direção do Instituto Jurídico Portucalense (IJP), Professor José Luis Caramelo Gomes, que na altura aceitou participar da equipa do Módulo, mesmo estando extremamente ocupado com as atividades da Vice-Reitoria para investigação. Estendo o agradecimento ao Professor Wladimir Brito, atual Diretor do IJP, que sempre foi célere ao responder às exigências do Módulo.

Agradeço aos professores, José Romero Pereira Júnior, Coordenador do Curso de Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília, Eric José Migani, Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins e Cildo Giolo Júnior da Faculdade de Direito de Franca, que contribuíram com a dinamização de cursos no âmbito do Módulo, em suas respectivas instituições, permitindo o sucesso das iniciativas conjuntas. Também à amiga Isabelle Figueiredo do Ministério Público do Estado de Tocantins, parceira desta e de outras iniciativas. São pessoas especiais que fazem as parcerias internacionais funcionarem bem.

Agradeço ao corpo docente do Módulo *The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights*: Professora Dora Resende Alves, Professora Maria Esther Quinteiro, Professor

André Matos e Professora Fátima Castro Moreira. A contribuição tão qualificada de áreas de especialização diferenciadas tornou os cursos mais interessantes.

Especificamente para execução desta obra, agradeço ao Instituto Ibero-americano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), na pessoa do Professor Fábio Veiga, que prontamente aceitou a tarefa da edição.

E por último e não menos importante ao mestrando Natan Oliveira de Souza, sem a sua disponibilidade incondicional não teria sido possível a conclusão desta obra.

Daniela Serra Castilhos
Coordenadora do Módulo Jean Monnet
The European Union as a global player for Democracy and
Fundamental Right

Índice

A Investigação em Direito da União Europeia 10

Daniela Serra Castilhos

Enquadramento a propósito do primado do direito da União Europeia 21

Dora Resende Alves

Mário Simões Barata

Daniela Serra Castilhos

Revisitar a Primazia do Direito da União Europeia no Quadro das Relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais - Algumas considerações sobre o Acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional Português 71

Maria de Fátima Pacheco

Comparação entre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia 100

Natan Oliveira de Souza

A supranacionalidade na ordem institucional da União Europeia 116

Leonardo César Volpe Navarro

Renato Vieira Vilarinho

Caso Flamínio Costa contra Enel: Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964 139

Daiane Marilyn Vaz

Vera Cecília Junqueira Escorel

A Evolução do Contencioso da União Europeia 157

Tatiane Gomes Quintino

O direito fundamental das crianças deslocadas ou retidas ilicitamente serem ouvidas 183

Vivianne Carla de Oliveira Gama Pereira

A Equiparação das Condições de Trabalho e a Igualdade Salarial entre Homens e Mulheres: Breve Análise a partir da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia 200

Carolina Santos Lima

Adriça Maria Ribeiro Santos

O caso Ruiz Zambrano: uma análise ao acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09) 223

Alana Valéria Lopes Coêlho

Giselle Pinheiro de Vasconcelos Raimundo

A Análise da Protuberância do Estudo sobre Corrupção 243

Ana Caroline de Melo Tavares

A Demora na Transposição das Diretivas como Factor Prejudicial à Obtenção de um Elevado Nível de Proteção ao Consumidor na União Europeia 270

Ana Cristina Costa Mochiaro Soares

Democracy, Normalisation and Difference: (The Right Of) Prison Labour in Portugal 288

Marco Ribeiro Henriques

Política Europeia de Concorrência: Análise da Aplicação de Medidas Anti-Trust à Google 312

Larissa Waked Furtado

A Investigação em Direito da União Europeia

Research in European Union Law

Daniela Serra Castilhos¹

Sumário: 1. Introdução; 2. As especificidades do Módulo; 3. Os objetivos; 4. Organização da obra. 5. Referências

Resumo: O presente capítulo não busca exaurir o tema da investigação em Direito da União Europeia, visto que trata-se de um tema muito amplo. Pretende-se enquadrar a investigação no contexto do Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights, que teve lugar de 2018 a 2022. Buscou perceber as especificidades do Módulo, bem como a objetivos gerais e específicos. E, por fim, explorar a organização da obra.

Palavras-Chave: Direito Comunitário; Contencioso da União Europeia; Investigação jurídica.

Abstract: This chapter does not seek to exhaust the topic of research in European Union Law, since it is a very broad topic. It is intended to frame the research in the context of the Jean Monnet Module The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights, which took place from 2018 to 2022. It sought to understand the specificities of the Module, as well as the general and specific objectives. And finally, explore the organization of the ebook.

Keywords: European Union Law; Legal Research.

¹ Doutora em Direito e Professora Adjunta do Politécnico de Leiria (Escola Superior de Tecnologia e Gestão). Leiria, Portugal. Coordenadora do Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights na Universidade Portucalense. daniela.castilhos@ipleiria.pt

1. Introdução

A publicação desta obra pretende cumprir a um dos objetivos visados no Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights, que teve lugar de 2018 a 2022 na Universidade Portucalense Infante D. Henrique cofinanciado pela Comissão Europeia através do Programa ERASMUS+. A coordenação foi realizada pela Prof^a Doutora Daniela Serra Castilhos.

Os textos publicados neste e-book de título “Temas de Direito da União Europeia” correspondem, a investigação desenvolvida por docentes e discentes que participaram em diversos cursos realizados sob a égide do aludido Módulo. Integraram a equipa docente para além da coordenadora, Prof^a Doutora Daniela Serra Castilhos, a Prof^a Doutora Dora Resende Alves, a Prof^a Doutora Maria Esther Martinez Quinteiro, a Prof^a Doutora Fátima Castro Moreira, e o Prof Doutor André Pereira Matos.

2. As especificidades do Módulo

O “Módulo Europeu Jean Monnet: A União Europeia como actor global em prol da Democracia e Direitos Fundamentais” promoveu o conhecimento sobre a União Europeia numa vertente jurídica para um público-alvo constituído por licenciados em Direito em universidades brasileiras com interesse em prosseguir estudos de pós-graduação em Portugal.

O valor acrescentado do Módulo consiste em criar uma nova oferta educativa que teve em vista o desenvolvimento de um programa específico para a superação das disfunções detetadas no sistema educativo. Nas universidades brasileiras geralmente não são lecionados temas de Direito europeu nos planos de estudo da Licenciatura em Direito e que é essencial para o prosseguimento de estudos de 2º ciclo em Direito, nos países europeus. O módulo forneceu aos participantes uma forma de melhorar seus

conhecimentos e ter impacto na sua vida profissional.

A proximidade linguística e cultural entre Portugal e Brasil possibilita, cada vez mais, que os cidadãos brasileiros procurem Portugal com o intuito de realizar de cursos de pós-graduação, mestrado e doutoramento.

As atividades de ensino do “Módulo Europeu Jean Monnet: A União Europeia como actor global em prol da Democracia e Direitos Fundamentais” foram realizadas nos dois países: Brasil e Portugal.

A Universidade Portucalense (UPT) tem uma sólida experiência no ensino de temas relacionados com a União Europeia nos cursos de Licenciatura em Direito, Mestrado em Direito e Mestrado em Direito Europeu e Comparado. O Instituto Jurídico Portucalense (IJP) participa de vários projetos internacionais sobre temas relevantes do Direito da União Europeia, inclusive vários projetos são financiados pela própria União Europeia. Com o Módulo, a UPT alcançou maior destaque internacional, possibilitando mais internacionalização em seus ciclos de estudo.

Deve-se enfatizar a importância destes cursos para divulgação e ensino do Direito da União Europeia a novos públicos, sublinhando a importância da educação sobre a União Europeia, conforme desígnio da própria UE e sua documentação.

Para as atividades no Brasil foram estabelecidas parcerias de grande mérito, nomeadamente, com a Universidade Católica de Brasília², a Faculdade de Direito de Franca³, o Centro Universitário Católica de Tocantins⁴ e com o Ministério Público do Estado de Tocantins. São instituições sediadas no nordeste, sudeste e norte do Brasil, portanto, foram selecionadas para abranger polos de 3 diferentes regiões no Brasil.

2 Universidade Católica de Brasília. website institucional disponível em: <https://ucb.catolica.edu.br/>

3 Faculdade de Direito de Franca. website institucional disponível em: <https://direitofranca.br/>

4 UniCatólica - Centro Universitário Católica do Tocantins. website institucional disponível em: <https://to.catolica.edu.br/portal/>

No início de 2020, o mundo foi confrontado com a pandemia de COVID-19, que exigiu medidas imediatas e originou novos desafios. No que concerne ao Módulo, algumas atividades que originalmente tinham sido planeadas para ocorrer presencialmente no Brasil tiveram que assumir o formato online para adaptar-se a situação pandémica. Asseveram Ramos e Lopes:

Aprender e ensinar presencialmente ou à distância são realidades distintas, com alguns desafios comuns, devendo os modelos pedagógicos ser adaptados a cada caso e aos diferentes contextos sociais, culturais e educativos. Não se pode tentar reproduzir a realidade da sala de aula presencial em contexto efetivo de ensino a distância.⁵

3. Os objetivos

O Módulo foi estruturado de forma a combinar um conjunto de objetivos diferentes propostos como prioritários na Ação Jean Monnet. Devido à intenção de transmitir conhecimento aos estudantes brasileiros, ansiosos por saber mais sobre a União Européia, mas também divulgar esse mesmo conhecimento a outros acadêmicos e à sociedade civil em geral, de modo que, com conhecimento adquirido, os brasileiros poderão encontrar algumas soluções ou idéias para resolver seus próprios problemas, especialmente sobre os Direitos Fundamentais.

Primeiramente, o módulo pretendeu promover a investigação e primeira experiência de ensino para jovens investigadores e académicos. Para a definição do corpo docente do Módulo, a Comissão Científica teve a preocupação de, sem descurar a qualidade do ensino ministrado, incluir docentes jovens e seniores.

O Módulo fomentou a publicação e divulgação dos resultados da investigação académica, através de conferências, artigos em

5 RAMOS, Natália; LOPES, Ana Cristina. Desafios da Educação a Distância em Tempos de Pandemia. In Oliveira, Albertina Lima; Schütz, Jenerton Arlan; Amaral, Marco Antônio Franco (Org). Vozes da Educação. Pesquisas e Escritas Contemporâneas. Volume 2. Cruz Alta: Editora Ilustração, p. 133.

revistas indexadas e pelo presente ebook.

Além disso, criou interesse sobre temas da União Europeia e constituiu bases para futuro polos de excelência. Todas essas atividades do Módulo criaram uma rede de contactos que terão impacto no reconhecimento da UPT como um pólo de excelência no ensino do Direito da União Europeia.

A presente obra tem como objetivos específicos:

- Fomentar a educação sobre a União Europeia
- Compilar o conhecimento gerado e acumulado;
- Aumentar a conscientização da sociedade civil;
- Disseminar a existência do Módulo
- Aprimorar o conhecimento sobre o processo de integração da UE;
- Estimular projetos de ensino, pesquisa e reflexão no campo do europeu, em específico de autores brasileiros;
- Compartilhar com a sociedade civil brasileira o conhecimento adquirido sobre os benefícios que a integração na UE tem nos Estados-membros no âmbito dos direitos fundamentais e da democracia.

4. A organização da obra

A seguir ao presente capítulo em que enquadra a investigação realizada, encontra-se o contributo dos professores Dora Resende Alves, Mário Simões Barata e Daniela Serra Castilhos. O texto surge pela motivação de reunir um enquadramento sobre o funcionamento da União Europeia para os alunos do curso Jean Monnet na Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Propõe-se, assim, visitar muito brevemente o quadro documental institutivo com os tratados marcantes deste processo de integração, o quadro dos Estados-Membros participantes deste projeto ímpar e o quadro das instituições principais, depois com ênfase do papel do Tribunal

de Justiça da União Europeia (TJUE), e o quadro dos atos de direito da União Europeia (UE) que resultam desta construção. Tudo isto a propósito de decisão de um Tribunal Constitucional, ou seja, a nível nacional, e neste caso, português, mas por referência ao direito da União Europeia, os seus fundamentos e princípios. Alargando-se um pouco o relembrar do primado do direito comunitário, e fazendo menção à colaboração entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça pelo mecanismo do reenvio prejudicial, a propósito de um exemplo relevante da atualidade.

Seguidamente, e refletindo sobre o acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional Português, a Maria de Fátima Pacheco, professora adjunta no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto do Politécnico do Porto (ISCAP), revisitou a primazia do Direito da União Europeia no quadro das relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais constitucionais. Partindo do facto irrefutável de que a pertença à União Europeia implica limitações à soberania dos seus Estados-membros, e que tal circunstância deu origem à criação de cláusulas europeias nas leis fundamentais de cada um deles.

A professora Maria de Fátima Pacheco e o professor Mário Simões Barata, sem fazerem parte do núcleo da equipa do Módulo, como especialistas, foram convidados a participar deste e-book contribuindo com seus preciosos conhecimentos.

Durante todos os cursos que estiveram sob a égide do Módulo, os estudantes foram incentivados a pesquisarem sobre a União Europeia para que o método de ensino não fosse uma aprendizagem passiva, os estudantes foram encorajados a elaborar artigos sobre os novos conhecimentos adquiridos.

O próximo capítulo é da autoria de Natan de Oliveira Souza, Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, que foi aluno da unidade curricular Contencioso Comunitário e do curso de formação avançada “A União Europeia e suas políticas em prol da Democracia

e dos Direitos Fundamentais”, ambos os cursos fazem parte da componente letiva do Módulo Jean Monnet. Foi pedido para que o autor elaborasse um artigo e cariz pedagógico com a intenção de apresentar de forma esquemática uma “comparação entre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia”.

Segue-se o contributo, em coautoria, de Leonardo César Volpe Navarro, advogado e mestrando em Ciências Jurídicas e Políticas na Universidade Portucalense, e de Renato Vieira Vilarinho, advogado e Servidor Público Federal, também mestrando na UPT. Com seu artigo, os autores dissertaram sobre a natureza jurídica e institucional da União Europeia, questionando como as estruturas organizacionais da União Europeia operam por meio de um sistema de supranacionalidade.

Nesta senda, surge o texto de Daiane Marilyn Vaz, Juíza de Direito do Estado do Mato Grosso, em coautoria com Vera Cecilia Junqueira Escorel, Analista Jurídica do Ministério Público do Estado de São Paul, ambas frequentaram a unidade curricular Contencioso Comunitário no Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique. O texto se debruça sobre o histórico caso Flamínio Costa contra ENEL “cujo conteúdo tornou-se paradigmático para a compreensão do contencioso comunitário”. As autoras consideram que o desenvolvimento de referido bloco econômico e político passa necessariamente pela evolução na interpretação de suas normativas pelos Tribunais.

Segue-se o contributo de Tatiane Gomes Quintino, Advogada e Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, abordando a evolução do contencioso da União europeia diante da abertura jurisprudencial para países terceiros ingressarem via recurso contra decisões da União Europeia, a autora discorre sobre a “análise dos processos T- 65/18 e P-872/19, que possibilitaram apreciação dos Tribunais em questões capazes de anular atos da União Europeia contra

países que não fazem parte de seus contornos”.

Vivianne Carla de Oliveira Gama Pereira, Advogada, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Agrário, e Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, apresenta um capítulo subordinado ao tema “O direito fundamental das crianças deslocadas ou retidas ilicitamente serem ouvidas”. A autora considera que “no espaço de liberdade, segurança e justiça comunitário, o uso dos mecanismos para proteção dos direitos das crianças, inclusive com o uso da tecnologia, revelam-se indispensáveis para o alcance do interesse maior da criança, sob pena de se esvaziar o conteúdo protetivo da norma, em latente prejuízo à criança”, a partir da análise do no Julgamento do caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz, verificou o descaso dos mecanismos protetivos, a violação do artigo 24 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Subordinado ao tema “a equiparação das condições de trabalho e a igualdade salarial entre homens e mulheres: breve análise a partir da jurisprudência do tribunal de justiça da união europeia”, o capítulo seguinte surge da colaboração entre Carolina Santos Lima, advogada criminalista e mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade Portucalense, e Adrícia Maria Ribeiro Santos, servidora Pública Federal. Discute-se esse direito na atualidade na União Europeia: seus avanços e os desafios que ainda devem ser enfrentados.

Encontramos, posteriormente, o capítulo da autoria de Alana Valéria Lopes Coêlho e Giselle Pinheiro de Vasconcelos Raimundo, ambas mestrandas em Direito Especialização em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense Infante. Neste capítulo é analisado o caso Ruiz Zambrano, relativamente ao direito de residência dos nacionais de um Estado terceiro e pais de menores nacionais de um Estado-Membro. Concluem que “a cidadania comunitária, bem como direitos de circulação residência e permanência no território da União tornaram-se primordiais

e foram a base decisiva para a formação do novo entendimento jurisprudencial no bloco”.

Em relação a corrupção, a autora Ana Caroline Tavares, buscou perceber o liame que relacionar a corrupção e a teoria política, ponto de vista da legislação específica direito português e da União Europeia. E, por fim, explorar a importância do estudo específico e como controlar a corrupção.

O próximo capítulo é da autoria de Ana Cristina Costa Mochiaro Soares, advogada e mestranda na Universidade Portucalense, e dedica-se a dissertar sobre a demora na transposição das diretivas como fator prejudicial à obtenção de um elevado nível de proteção ao consumidor na união europeia. Neste âmbito foi feita uma análise ao caso Faccini Dori (Processo C-91/92), de 14 de julho de 1994.

Marco Ribeiro Henriques, professor assistente no Instituto Politecnico de Viseu, Mestre em Direito pela Universidade Portucalense que contribuiu para efetivação de parcerias essenciais ao Módulo, a quem endereço o meu agradecimento, elaborou uma apreciação sobre as normas jurídicas concertadas que regulam o exercício do trabalho prisional na União Europeia com ênfase ao caso português.

Por último, encontramos o contributo de Larissa Waked Furtado, Mestre em Direito pela Universidade Portucalense e Pós-graduada em Direito de Empresas, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, que aborda o tema política europeia da concorrência, analisando a aplicação de medidas anti-trust à Google. Pela visão da autora a “Google violou de forma clara e notória o Direito da União Europeia ao abusar da posição de mercado que ocupa, cobrando preços injustos, limitando a inovação em prejuízo dos consumidores”.

5. Referências

CASTILHOS, Daniela Serra Erasmus experiences in the universities:

the Jean Monnet Module at Portucalense University. In Proceedings of EDULEARN 20 Conference, Espanha, 6-7 Jul. 2020 (pp. 1219-1222). [consult. 29 de junho de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3125>

RAMOS, Natália; LOPES, Ana Cristina. Desafios da Educação a Distância em Tempos de Pandemia. In Oliveira, Albertina Lima; Schütz, Jenerton Arlan; Amaral, Marco Antônio Franco (Org). Vozes da Educação. Pesquisas e Escritas Contemporâneas. Volume 2. Cruz Alta: Editora Ilustração, p. 117-138, 2021. [consult. 29 de junho de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.2/11397>

SILVA, M. M. M.; ALVES, D. R. European Union law's proximity to citizens through education and the use of digital technologies. In Proceedings 13th International Conference of Education, Research and Innovation, November 9th-10th, ICERI2020, pp. 3610-3621, 2020. [consult. 29 de junho de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3268>

SILVA, M. M. M.; ALVES, D. R. Education for access to European Union Law through the use of digital technologies. In Proceedings of EDULEARN21 Conference, 13th International Conference on Education and New Learning Technologies, 5th-6th July 2021 (online conference), pp. 12289-12294, 2021. doi: 10.21125/edulearn.2021.2582. [consult. 29 de junho de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3624>

SILVA, M. M. M., ALVES, D. R., & FERREIRA, M. J. What contribution by the new technologies in the right to education?: An institutional European approach. In 11th World Conference on Educational Sciences (WCES-2019), Milano - Venice, Italy, 9-10 February 2019 (p. 39). [consult. 29 de junho de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/2727>

SILVA, M. M. M.; ALVES, D. R.; CASTILHOS, D. S.; GANDRA, P. R. S. (2021). The contribution of the Erasmus+ Programme to Universidade Portucalense: a case study. In L. Gómez Chova, A. López Martínez, & I. Candel Torres (Eds.), Proceedings of the 14th International Conference of Education, Research and Innovation

(ICERI 2021), (pp.3152-3157), 8-9 November 2021. [consult. 29 de junho de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3846>

Enquadramento a propósito do primado do direito da União Europeia ^{1*}

Framework on the primacy of European Union law

Dora Resende Alves²

Mário Simões Barata³

Daniela Serra Castilhos⁴

Sumário: Introdução; 1. Enquadramento da integração europeia; 1.1. O quadro institutivo; 1.2. O quadro territorial; 1.3. O quadro institucional; 1.4. O quadro do direito derivado; 1.5. O quadro orientador; 2. Ainda o princípio do primado; 3. A colaboração entre o TC e o TJUE; Notas finais.

Resumo: Pela publicação do Acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português em junho de 2020, encontrou-se um ponto de partida, para relembrar o quadro documental institutivo com os tratados marcantes deste processo de integração, o quadro dos Estados-Membros participantes deste projeto ímpar, o quadro das instituições principais depois com ênfase papel no Tribunal de Justiça da União Europeia, o quadro dos atos de direito da União Europeia que resultam desta construção. Tudo isto a

1 * O presente artigo é o resultado da investigação realizada no âmbito do Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights pelo que é cofinanciado pela União Europeia. The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

2 Doutora em Direito e Professora Auxiliar da Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT). Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense (IJP). dra@upt.pt

3 Professor Adjunto do Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP – IP Leiria). E-mail: mario.barata@ipleiria.pt.

4 Doutora em Direito e Professora Adjunta do Instituto Politécnico de Leiria (Escola Superior de Tecnologia e Gestão). Leiria, Portugal. Coordenadora do Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights. daniela.castilhos@ipleiria.pt.

propósito de decisão de um Tribunal Constitucional, ou seja, a nível nacional, mas por referência ao direito da União Europeia, seus fundamentos e princípios. Alargando-se um pouco o relembrar do primado do direito comunitário e fazendo menção à colaboração entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça pelo mecanismo do reenvio prejudicial. Não se procurou um estudo exaustivo, tão só um orientar do estudo das sessões dos cursos ministrados ao abrigo do Módulo Jean Monnet na Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

Palavras-chave: União Europeia; primado; reenvio prejudicial; Tribunal Constitucional; Tribunal de Justiça da União Europeia.

Abstract: By the publication of Judgment No. 422/2020 of the Portuguese Constitutional Court in June 2020, a starting point was found to recall the institutional documentary framework with the landmark treaties of this integration process, the framework of the participating Member States of this unique project, the framework of the main institutions after with emphasis role in the Court of Justice of the European Union, the framework of the acts of law of the European Union that result from this construction. All this in connection with the decision of a Constitutional Court, that is, at the national level, but with reference to European Union law, its foundations and principles. Expanding a little on the reminder of the primacy of Community law and mentioning the collaboration between national courts and the Court of Justice through the preliminary ruling mechanism. An exhaustive study was not sought, only an orientation of the study sessions of the courses given under the Jean Monnet Module at the Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

Keywords: European Union; primacy; Reference for a Preliminary Ruling; Constitutional Court; Court of Justice of the European Union.

Introdução

Este texto surge pela motivação de reunir um enquadramento sobre o funcionamento da União Europeia para os alunos do curso Jean Monnet na Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

O mote nasceu com o Acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português que, em junho de 2020, relembra elementos essenciais da construção euro-comunitária. Era esse o ponto de partida, porém, a sua análise motivou, neste mesmo volume, um texto que se autonomizou pela relevância do assunto tratado⁵.

Propõe-se, assim, revisitar muito brevemente o quadro documental institutivo com os tratados marcantes deste processo de integração, o quadro dos Estados-Membros participantes deste projeto ímpar e o quadro das instituições principais, depois com ênfase do papel do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e o quadro dos atos de direito da União Europeia (UE) que resultam desta construção. Tudo isto a propósito de decisão de um Tribunal Constitucional, ou seja, a nível nacional, e neste caso, português, mas por referência ao direito da União Europeia, os seus fundamentos e princípios. Alargando-se um pouco o relembrar do primado do direito comunitário, e fazendo menção à colaboração entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça pelo mecanismo do reenvio prejudicial, a propósito de um exemplo relevante da atualidade.

Em todos os pontos não cabe um estudo exaustivo, tão bem encontrado na melhor doutrina nacional para onde se espera remeter o leitor tão só um orientar do estudo, e do investigador para as questões relevantes nestes propósitos, porque é a eles que se dirige.

5 PACHECO, Fátima. Revisitar a primazia do Direito da União Europeia no quadro das relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais constitucionais – algumas considerações sobre o acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português.

Numa prioridade que é também da própria União Europeia, pretende-se a educação sobre a realidade da União Europeia e do seu direito, pelo que se pretende que o texto seja de simples leitura sem descurar o rigor – aquilo que a União Europeia é: simples de entender, aberta a todos os conteúdos mas rigorosa e técnica no quadro jurídico definido pelos seus fundadores que são os Estados, eles próprios soberanos e independentes mas colaborando por sua vontade e com responsabilidades neste objeto político não identificado (OPNI)⁶.

1. Enquadramento da Integração Europeia

Não é possível esquecer que “a construção europeia nasceu, em parte, com o objetivo de evitar uma repetição das consequências trágicas da Segunda Guerra Mundial (...) bem como para evitar os recuos e retrocessos em matéria de democracia e Estado de direito”⁷.

O objetivo deste texto é tão só um enquadramento sucinto do quadro comunitário que permitiu chegar à União Europeia e suas bases jurídicas de hoje, pelo que os desenvolvimentos poderão ser buscados em manuais da doutrina que melhor orientam uma leitura profunda.

Como bem ilustra Vital Moreira, a “UE constitui uma forma inovadora de poder político”⁸ e “é indiscutível que ela é um sistema político a título pleno”⁹.

6 Expressão utilizada por Jacques Delors. Cf. EUROOGLE. Dicionário de Termos Europeus [em linha]. Disponível em: <https://euroogle.com/dicionario.asp?definition=675> [consult. 30 jun. 2022].

7 PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu de 8 de setembro de 2015, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2013-2014). Jornal Oficial da União Europeia, C 316 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2017-09-22, p. 7, § A. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.316.01.0002.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2017%3A316%3ATOC.

8 MOREIRA, Vital. A Vontade dos Cidadãos da União. Estudos do Século XX. Coimbra: Centro de Estudos Interdisciplinares da Universidade de Coimbra. 2017, n.º 17, p. 47. Disponível em: https://doi.org/10.14195/1647-8622_17_3.

9 Ibidem.

1.1. O Quadro Institutivo

E foi assim que, em 9 de maio de 1950, Robert Schuman¹⁰, Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, em Paris¹¹, numa declaração perante os jornalistas preparada por Jean Monnet¹², apresentou uma proposta de criação de uma organização com alguns países europeus, a que poderiam aderir os outros países europeus, criando instituições supranacionais.

Esta organização seria aberta a todos os outros países europeus, com o objetivo de manter a paz na Europa recém-saída da 2.^a Grande Guerra de 1939-1945 e numa altura em que se temia uma terceira guerra mundial. Esta proposta ficou conhecida como “Declaração Schuman”¹³ e é considerada o começo do processo que culminou na União Europeia que hoje conhecemos. Nesse dia nasceu a Europa comunitária.

Propunha-se a gestão conjunta dos recursos de carvão e do aço da França e da República Federal da Alemanha (R.F.A.) para pôr fim às guerras entre estes dois países, cuja rivalidade dera já origem a três guerras¹⁴, na luta por matéria base, na época, do poder militar e por cuja posse estes os países muitas vezes entravam em conflito.

10 Nasceu cidadão alemão, embora o local de nascimento tenha sido em Luxemburgo, a 29 de junho de 1886 e faleceu a 4 de setembro de 1963.

11 No Quai d’Orsay, sede do Ministério dos Negócios Estrangeiros francês, no Salon de l’Horloge, pelas 18 horas, a imprensa foi convocada para uma “comunicação da maior importância”.

12 Nasceu a 9 de novembro de 1888 e morreu com 90 anos, a 16 de março de 1979.

13 UNIÃO EUROPEIA. Declaração Schuman, maio de 1950 [em linha]. Disponível em: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_pt [consult. 30 jun. 2022].

14 A guerra franco-prussiana de 1870, e I e II Grandes Guerras, nas quais sempre foi fundamental a posse das regiões da Alsácia, Lorena e Sarre, ricas em ferro e carvão, minérios imprescindíveis para fazer a guerra, mas também para a reconstrução dos países devastados.

O aço é uma liga de ferro (Fe, metal n.º 26 da tabela periódica) e carbono (C, base dos carvões com o n.º 6 na tabela periódica). E o carvão é um combustível de origem natural, formado pela decomposição da matéria vegetal.

Em consequência desta Declaração, os trabalhos resultaram, em 18 de abril de 1951, na criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C. E. C. A.) pelo Tratado de Paris, que entrou em vigor em 23 de julho de 1952¹⁵. Os membros fundadores que aderiram ao projeto e assinaram o Tratado foram: França (Jean Monnet e Robert Schuman), Alemanha (Konrad Adenauer), Itália (Alcide de Gasperi), Bélgica (Paul-Henri Spaak), Holanda (Joseph Luns) e Luxemburgo (Joseph Bech).

Um pouco mais tarde, em 25 de março de 1957, foram criadas a Comunidade Europeia da Energia Atómica (C. E. E. A. ou Euratom), para o desenvolvimento pacífico da energia atómica, e a Comunidade Económica Europeia (C. E. E.), organização europeia

15 O Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.) previa a sua vigência para um período de 50 anos (artigo 97.º TCECA). Iniciou-se em 23 de julho de 1952 e terminou em 23 de julho de 2002, tendo-se verificado a passagem dos sectores por ele regulamentados para a aplicação do Tratado CE, bem como para as regras processuais e de direito derivado dele decorrentes. Por forma a acompanhar esta transição, a Comissão elaborou uma Comunicação adotada em 21 de junho de 2002, relativa a certos aspetos do tratamento dos processos de concorrência decorrentes do termo de vigência do Tratado CECA, para fornecer informações, garantias e segurança neste contexto, explicando as alterações mais importantes de direito material e processual, que se aplicou a partir de 24 de julho de 2003. Pretende facilitar a transição, estabelecendo a forma como serão abordadas determinadas situações, no âmbito do processo de transição do regime CECA para o regime CE, na convicção que, em termos práticos, as alterações decorrentes serão limitadas. Cf. COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão relativa a certos aspetos do tratamento dos processos de concorrência decorrentes do termo de vigência do Tratado CECA Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 152 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2002-06-26. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2002.152.01.0005.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2002%3A152%3ATOC.

Cf. ALVES, Dora Resende, 50 anos de Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.). Revista Jurídica Portucalense. Porto: Universidade Portucalense. 2002, n.º 9, p. 127, e RIVAS, José e BRANTON, Jonathan – Developments in EC Competition Law in 2002. Common Law Market Review. Netherlands. 2003, vol. 40, n.º 5, p. 1203.

Diferente dos artigos 312.º do TCE ou 51.º do TUE. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 53.º do TUE. Cf. Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007. Jornal Oficial da União Europeia, C 306 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2007-12-17. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12007L%2FTXT>. E também, Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, C 326 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2012-10-26. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

de integração geral, pelos Tratados de Roma, que entraram em vigor em 1 de janeiro de 1958, com os mesmos países fundadores. Nasceram assim as Comunidades¹⁶ Europeias.

Todos os países europeus podem aderir a esta organização desde que adotem valores de paz e solidariedade, no respeito pelos direitos humanos, em democracia, com a concordância dos restantes membros¹⁷, com objetivos de desenvolvimento económico e social e no equilíbrio ambiental e regional, únicos garantes de uma repartição equilibrada do bem-estar entre os cidadãos.

Cada Estado-Membro mantém a sua cultura, os seus hábitos, a sua língua e, eventualmente, a sua moeda. Mas todos os seus nacionais são cidadãos europeus e gozam das liberdades de circulação¹⁸.

Os tratados institutivos não permaneceram inalterados ao longo de todos estes anos. Ocorreram revisões aos Tratados que permitiram a evolução e a integração comunitárias.

Em 17 e 28 de fevereiro de 1986, ocorre a assinatura, no Luxemburgo e em Haia, do Ato Único Europeu, com esta designação porque no mesmo ato se procedeu à revisão dos Tratados CECA, CEE e CEEA, entrando em vigor em 1 de julho de 1987. Constituiu a primeira grande revisão dos Tratados¹⁹. Fixou medidas para coordenar a política monetária dos Estados-Membros, abrindo caminho à União Económica e Monetária e previu a criação do mercado interno para 1 de janeiro de 1993.

Em 7 de Fevereiro de 1992, na sequência das conferências

16 Numa ideia de celebrar o que é comum.

17 Ver artigos 49.º e 6.º TUE. Na versão do Tratado de Lisboa, a nova redação dos mesmos artigos.

18 Ver artigos 17.º a 22.º do TCE. Na versão do Tratado de Lisboa, artigos 20.º a 25.º do TFUE.

19 Por tratado internacional, diferente do processo solene hoje previsto no artigo 48.º do TUE. Na versão do Tratado de Lisboa, nova redação do mesmo artigo. Cf. Ato Único Europeu. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 169 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 1987-06-29. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.1987.169.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A1987%3A169%3ATOC.

intergovernamentais, é assinado na cidade holandesa de Maastricht o Tratado da União Europeia, segunda grande revisão dos Tratados e que cria uma entidade: a União Europeia²⁰. Entrou em vigor em 1 de novembro de 1993²¹. A União Europeia cria um conjunto que é representado graficamente na doutrina através de um templo grego que consta de frontispício, 3 pilares dóricos e uma base. Quando nos referimos à União Europeia, trata-se da entidade criada pelo TUE que engloba: as 3 Comunidades então existentes (CECA, CE e CEEA); a Política Externa e de Segurança Comum (PESC); as disposições relativas à Cooperação Policial e Judicial em matéria penal.

Em 2 de outubro de 1997, foi assinado o Tratado de Amsterdão, que constituiu a terceira grande revisão dos Tratados²² e primeira do TUE, e que veio a entrar em vigor em 1 de maio de 1999 e provocou uma renumeração de todos os artigos do Tratado da Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia.

Em 26 de fevereiro de 2001, é assinado o Tratado de Nice, na CIG de Nice, quarta revisão dos Tratados e segunda do TUE, para entrar em vigor em 1 de fevereiro de 2003, abrindo a via para a reforma institucional necessária ao alargamento da União Europeia aos países candidatos do Leste e Sul da Europa²³. Na Declaração sobre o futuro da Europa, anexa ao Tratado, foram fixadas as etapas

20 Tratado da União Europeia, incluindo o texto do Tratado que institui a Comunidade Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 224 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 1992-08-31, p. 1. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=OJ:C:1992:224:TOC>.

21 Apesar de, em 2 de junho de 1992, a população da Dinamarca se ter pronunciado por referendo contra a ratificação do TUE, após a concessão de derrogações especiais no Conselho Europeu de Edimburgo, em dezembro de 1992, veio a ratificar o Tratado.

22 Tratado da União Europeia (versão compilada). Tratado UE (Maastricht 1992). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 340 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 1997-11-10, p. 145. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ%3AC%3A1997%3A340%3ATOC>.

23 Informação relativa à entrada em vigor do Tratado de Nice que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns atos relativos a esses Tratados, assinado em Nice em 26 de fevereiro de 2001. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 24 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2001-01-31. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52003XG0131%2802%29&qid=1656874041740>.

a seguir para aprofundar as reformas institucionais, para que o Tratado de Nice fosse apenas uma das etapas desse processo.

Nessa linha, em 8 de outubro de 2001, foi acordada a estrutura da “convenção” que preparará os textos que irão propor as alterações ao Tratado para a CIG de 2004²⁴ e como temas da reforma: a simplificação do Tratado; uma melhor associação dos parlamentos nacionais ao processo de decisão comunitário; a partilha de competências entre os Estados-Membros e as instituições comunitárias; a incorporação da Carta dos Direitos no Tratado.

No Conselho Europeu em Laeken, na Bélgica, em 14 e 15 de dezembro de 2001, é ponderada nova revisão dos Tratados com a Declaração sobre o Futuro da União Europeia ou Declaração de Laeken, texto que levantava várias questões sobre o futuro da UE, nomeadamente, a necessidade de simplificar os diversos tratados e a eventualidade dessa simplificação e reestruturação conduzirem, a prazo, à aprovação de um texto constitucional, convocando para isso uma Convenção²⁵. O mandato de Laeken atribuiu à Convenção a discussão dessas questões e a apresentação de um documento para servir de base à Conferência Intergovernamental (CIG) seguinte.

O início dos trabalhos da Conferência Intergovernamental (CIG) acontece em 4 de outubro de 2003, entre os 25 membros da

24 À semelhança do processo adotado para redigir a Carta dos Direitos Fundamentais da UE no Conselho Europeu de Nice de 7 a 9 de dezembro de 2000. Cf. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 364 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2000-12-18, p. 1. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ%3AC%3A2000%3A364%3ATOC>. São designados 1 representante de cada Estado-Membro, 2 de cada parlamento nacional, 16 do Parlamento Europeu e 1 da Comissão.

25 Em 28 de Fevereiro de 2002, são inaugurados os trabalhos da Convenção Sobre o Futuro da Europa, em Bruxelas, com a participação de: Estados-Membros, instituições comunitárias e países candidatos. O Presidente é Valéry Giscard d’Estaing, antigo presidente da República Francesa, os Vice-Presidentes Giuliano Amato e Jean-Luc Dehaene. Foram 105 representantes dos governos e parlamentos dos Estados-Membros e dos 13 países candidatos à adesão (39 representantes) (15 + 13 = 28 países), para dentro de um ano apresentarem uma proposta de Constituição para a Europa.

CE, em Roma, para negociar as alterações a introduzir numa nova reforma dos Tratados. Culmina o “processo constitucional pós-Nice”, com a redação de uma constituição europeia e definição das competências nacionais e das instituições.

Em 29 de outubro de 2004 ocorre a assinatura pelos Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros do Tratado Constitucional, em Roma, na Sala dos Horácios e Coriáceos do Capitólio^{26, 27}

Em 16 de janeiro de 2005 ocorreu a publicação no Jornal Oficial do texto completo da Constituição Europeia com todos os Protocolos e Declarações anexos em 465 páginas (JOUE C 310 de 16.01.2005), mas face aos referendos negativos na França e na Holanda, no Conselho Europeu de Bruxelas, Bélgica de 16 e 17 de junho de 2005, ponderou-se alongar os prazos para adoção do texto do Tratado constitucional.

Não tendo sido ratificado por todos os Estados signatários, o projeto foi abandonado²⁸.

Antes da presidência alemã do Conselho Europeu no primeiro semestre de 2007, decorria a presidência da Finlândia no segundo semestre de 2006, e ainda se admitia possível salvar o texto do Tratado Constitucional, solução que foi perdendo apoios. Por ocasião do 50.º aniversário da assinatura dos Tratados de Roma, em 25 de março de 2007, a adoção da Declaração de Berlim,

26 Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Jornal Oficial da União Europeia, C 310 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2004-12-16. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2004.310.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2004%3A310%3ATOC [consult. 30 jun. 2022].

27 Ficou previsto um prazo de 2 anos para a sua ratificação por todos os Estados signatários, alargado para 2009 face a referendos negativos em alguns processos de ratificação.

28 Apesar de ter motivado até uma revisão constitucional à Constituição da República Portuguesa, pela Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de Agosto, inserindo um novo artigo 295.º na CRP, para tornar possível o seu referendo. Cf. Lei Constitucional n.º 1/2005. Diário da República, Série I-A [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005-08-12, n.º 155, pp. 4642-4686. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei-constitucional/1-2005-243729>.

comedida, refere apenas que a União deveria adotar uma base comum renovada antes do início do novo ciclo político, marcado pelas eleições parlamentares de 2009²⁹³⁰.

Em 21 e 22 de junho de 2007, no Conselho Europeu em Bruxelas, Bélgica, ainda sob a presidência alemã com Angela Merkel, sente-se já a urgência dos líderes europeus para encerrarem o período de reflexão em que a União Europeia permaneceu após o referendo negativo de dois dos países fundadores ao projeto de uma constituição europeia, desde maio e junho de 2005. Este retomar fora então timidamente lançado no encontro informal de março de 2007, por ocasião das comemorações dos 50 anos dos Tratados de Roma³¹.

Em longas conversações são definidos em pormenor, por um mandato detalhado, os termos de um tratado reformador que retoma o essencial da Constituição Europeia, evitando os pontos mais controversos do texto anterior, a prosseguir pela presidência seguinte, a portuguesa. Ficou implicitamente assumido que seria seguido um caminho de ratificação que evitasse os referendos nacionais, mesmo por países como a Dinamarca e a Suécia, que a eles costumam recorrer, para não repetir o cenário de rejeição.

29 As eleições para o Parlamento Europeu, nos termos do artigo 190.º do TCE. Novos artigos 14.º, n.º 3, do TUE e 223.º do TFUE.

30 SOARES, António Goucha. O Impasse Político Europeu: Desalfandegar a Constituição Europeia. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). 50 Anos do Tratado de Roma. Lisboa: Quid Juris, 2007, p. 50.

31 Entre outras comemorações, foram lançadas novas faces nacionais de moedas em euros destinadas à circulação em treze países. Em Portugal, lançada pelo Decreto-Lei n.º 3/2007 de 5 de janeiro e Portaria n.º 415/2007 de 13 de abril e ainda com o lançamento de uma edição de um selo comemorativo em 23 de março de 2007, com sobrescrito de primeiro dia e pagela.

Cf. Novas faces nacionais das moedas de euros destinadas à circulação. Jornal Oficial da União Europeia, C 65 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2007-03-21, p. 3. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2007.065.01.0003.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2007%3A065%3ATOC. Decreto-Lei n.º 3/2007. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007-01-05, n.º, 4, pp. 66-67. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/3-2007-262340>. Portaria n.º 415/2007. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007-04-13, n.º 73, pp. 2356-2357. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/415-2007-519632>.

Em julho, já na presidência portuguesa do Conselho³² com o Primeiro-Ministro José Sócrates, uma conferência intergovernamental (CIG) prossegue os trabalhos do novo texto.

Os pontos principais ainda em discussão foram analisados pelos Chefes de Estado e de Governo, em Lisboa de 18 e 19 de outubro de 2007, alcançando-se na madrugada do dia 19 o acordo “possível” e necessário para avançar com o texto final de um chamado Tratado Reformador (e não constitucional) que resgatasse tudo o possível do texto anterior³³. Ainda assim a transformação da Constituição Europeia no Tratado Reformador foi uma ilusão de ótica, um trompe-d’oeil³⁴, na medida em que há uma continuidade de opções na linguagem jurídica adotada³⁵.

À presidência alemã coube o impulso claro e preciso para avançar com um novo tratado e a presidência portuguesa fez desse mandato uma prioridade essencial, ficando associada a um novo marco fundamental da história da União Europeia na CIG mais curta da história da União.

A assinatura do Tratado de Lisboa, ocorre em 13 de dezembro de 2007 pelas 12h 30m, no Mosteiro dos Jerónimos, a quinta

32 Comemorada também com o lançamento de uma nova face nacional de moedas em euros destinadas à circulação (JOUE C 110 de 16.05.2007, p. 5, 2007/C 110/06); em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 3/2007 de 5 de janeiro e ainda com o lançamento de uma edição de um selo comemorativo em 1 de julho de 2007, com bloco, sobrescrito de primeiro dia e pagela, pela Portaria n.º 750/2007 de 26 de junho.

Cf. Nova face nacional das moedas em euros destinadas à circulação. Jornal Oficial da União Europeia, C 110 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2007-05-16, p. 5. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2007.110.01.0005.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2007%3A110%3ATOC. Decreto-Lei n.º 3/2007. Diário da República, Série I [em linha]. Portaria n.º 750/2007. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007-06-26, n.º 121, pp. 4059-4060. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/750-2007-635848>.

33 SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (Coord.). Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2013, p. 23.

34 SWIEBEL, Joke. Intercultural dialogue and diversity within the EU. Eurolimes. Editura Universitatii din Oradea, 2008, n.º 6, p. 102. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=6717>.

35 “Considerou-se que o Tratado de Lisboa manteve 90% da Constituição Europeia, descartando o formal para manter o material.” Cf. SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (Coord.). Op. cit., p. 23, nota.

grande revisão aos tratados³⁶.

Foi efetuada a publicação do Tratado de Lisboa em 17 de dezembro de 2007 ³⁷ que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007, com o texto do tratado, protocolos anexos e ata final da conferência intergovernamental. A ratificação do Tratado de Lisboa por Portugal ocorreu com aprovação pela Assembleia da República em 23 de abril de 2008 e decreto do Presidente da República de 9 de maio de 2008.

Prevista no seu texto a entrada em vigor para 1 de janeiro de

36 ALVES, Dora Resende. Notas sobre O TRATADO DE LISBOA de 13 de dezembro de 2007. Revista Jurídica Portucalense. Porto: Universidade Portucalense, 2008, n.º 13, pp. 27-40.

37 Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007. Jornal Oficial da União Europeia, C 306 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2007-12-17. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12007L%2FTXT>. Ata de retificação do Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007. Jornal Oficial da União Europeia, C 111 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2008-05-06, pp. 56-62. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.111.01.0056.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2008%3A111%3ATOC. Ata de retificação do Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007. Jornal Oficial da União Europeia, C 111 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2008-05-06, p. 63. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.111.01.0056.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2008%3A111%3ATOC. Ata de Retificação do Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007. Jornal Oficial da União Europeia, C 290 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2009-11-30, pp. 1-3. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2009.290.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2009%3A290%3ATOC. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Anexos. Declarações anexadas à Ata Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa. Quadros de correspondência. Jornal Oficial da União Europeia, C 115 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2009-11-30, pp. 1-388. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.115.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2008%3A115%3ATOC.

2009³⁸, não foi possível cumpri-la por não se encontrarem finalizadas as ratificações do tratado por todos os Estados signatários. Acabou por concretizar-se em 1 de dezembro de 2009, após cerimónia realizada junto da Torre de Belém, em Lisboa.

Em 2017, a União Europeia celebrou o 60.º aniversário da assinatura do Tratado de Roma. Este aniversário proporcionou uma ocasião para celebrar as realizações da UE, mas também para abordar os principais desafios políticos, económicos e sociais da Europa³⁹. A confiança dos cidadãos na União Europeia tem vindo a diminuir em muitos Estados-Membros. Pela primeira vez na sua história, a União assistirá provavelmente à saída de um Estado-Membro, o Reino Unido, através dos acontecimentos que ficaram conhecidos como o “Brexit”⁴⁰.

1.2. O Quadro Territorial

O território da União Europeia estende-se hoje por mais de quatro milhões de quilómetros quadrados⁴¹, apenas metade da superfície dos E.U.A.

Do maior país, a França, com 544 milhares de km², até ao

38 Nos termos do artigo 6.º do Tratado de Lisboa.

39 COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Lançamento de uma consulta sobre um Pilar Europeu dos Direitos Sociais (COM (2016) 127 final). Jornal Oficial da União Europeia, C 125 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2017-04-21, p. 11, 2.1. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.125.01.0010.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2017%3A125%3ATOC.

40 E o Reino Unido “que antes estava dentro com um pé de fora, passará a estar fora com um pé dentro”. Conforme João Faria, Representante Político da Comissão Europeia em Portugal, na Aula Aberta “Debate com Cidadãos: Políticas de coesão e as Instituições da UE”, na Universidade Portucalense, dia 17 de outubro de 2019. Disponível em: https://www.facebook.com/events/380991846110550/?active_tab=discussion

41 COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco sobre o Futuro da Europa. Reflexões e Cenários para a UE 27 em 2025. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2017, p. 2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=COM:2017:2025:FIN>.

mais pequeno, Malta, com 0,3 milhares de km².⁴²

Formadas em 1951 e 1957 com 6 países fundadores, a França, a República Federal da Alemanha (R.F.A.), a Itália, a Bélgica, a Holanda e o Luxemburgo, as Comunidades Europeias alargaram o seu território sucessivamente a 9, 10, 12, 15 e 25 países europeus. Seguiram-se mais 2 em 2007, e 1 em 2013, num total de 28 até 2020, mas as candidaturas de outros países continuam em negociação. Em 31 de janeiro de 2020, voltam a ser 27 países.

Numa intenção, desde a Declaração de 1950, de abertura aos países da Europa, há, contudo, condições a preencher para aderir a este projeto, desde logo atendendo ao artigo 49.º do TUE. Estas condições, conhecidas como «critérios de Copenhaga», porque clarificadas no Conselho Europeu de Copenhaga de junho de 1993, implicam a existência de uma economia de mercado livre, de uma democracia estável e de um Estado de Direito, bem como a aceitação de toda a legislação e regulamentação europeias, nomeadamente o euro.

Em 22 de Janeiro de 1972, com a adesão do Reino Unido⁴³, Dinamarca, Irlanda⁴⁴, pelos Tratados de Bruxelas, concretiza-se o

42 Ver descrição dos dados de cada país em SILVA, Maria Manuela Magalhães, ALVES, Dora Resende. As Convenções de Lomé no contexto da Política de Cooperação para o Desenvolvimento como desiderato da Comunidade Europeia. Revista Africana. Porto: Universidade Portucalense, 2002, n.º 24, anexos II e III, pp. 204 a 207.

43 O Protocolo 22 anexo aos atos de adesão do Reino Unido de 1972 oferecia a 20 países independentes da Commonwealth a possibilidade de negociar a organização de futuras relações com a C.E.E. Esta possibilidade acabou por se estender aos Estados independentes de África não membros da Commonwealth nem do grupo E.A.M.A. Serão os países de África, Caraíbas e Pacífico - A.C.P. – pelo Acordo de Georgetown, de julho de 1973.

44 A Irlanda apresentara o seu pedido oficial de adesão em 31 de julho de 1961, o Reino Unido a 9 de agosto e a Dinamarca a 10. A Noruega a 30 de abril de 1962. O veto do General De Gaulle, Presidente da República Francesa, impediu a adesão do Reino Unido em 14 de janeiro de 1963 e ficaram suspensas as negociações com todos os países candidatos. O Reino Unido voltou a apresentar novo pedido a 11 de maio de 1967, a que se seguiram os pedidos dos outros países. Mantém-se a discordância do General De Gaulle em 27 de novembro de 1967. Só em 30 de junho de 1970 se iniciam as negociações com os quatro candidatos.

primeiro alargamento⁴⁵ das Comunidades. Entraram em vigor em 1 de janeiro de 1973⁴⁶.

Em 28 de Maio de 1979, pela adesão da Grécia com o Tratado de Atenas, a entrar em vigor em 1 de janeiro de 1981, dá-se o segundo alargamento das Comunidades⁴⁷.

Em 12 de Junho de 1985, a adesão de Portugal⁴⁸ e Espanha⁴⁹, pelos Tratados de Lisboa e de Madrid, assinados um de manhã nos Jerónimos, em Lisboa, e o outro de tarde no Palácio do Oriente, em Madrid, com entrada em vigor em 1 de janeiro de 1986, constitui o terceiro alargamento das Comunidades.

Em 3 de Outubro de 1990, com a reunificação alemã por integração dos Länder da ex-R.D.A. na R.F.A., as Comunidades passaram a ter mais 108.178 km² e mais 16.736.000 habitantes, tratando-se praticamente de um novo alargamento da Comunidade, o que acontece sem qualquer alteração dos Tratados⁵⁰.

Em 24 e 25 de junho de 1994, no Conselho Europeu de Corfu, na Grécia, são assinados os Tratados de Corfu de adesão da Áustria, Finlândia, Suécia⁵¹ de 23 de junho de 1994⁵². Aderiram

45 Ver o artigo 49.º do TUE. Na versão do Tratado de Lisboa, nova redação do mesmo artigo.

46 Sem a Noruega, que não ratificou o Tratado por ocasião de um referendo negativo de 25 de julho e declaração de 9 de outubro de 1972.

47 A candidatura da Grécia fora em 8 de junho de 1959 e o início das negociações para a sua associação em 10 de setembro de 1959. Depois interrompidas, volta a apresentar a sua candidatura em 12 de junho de 1975.

48 O pedido de adesão de Portugal às Comunidades Europeias foi apresentado a 28 de maio de 1977, iniciando-se o processo em 5 de abril de 1978. A apreciação favorável da Comissão foi concedida a 8 de maio de 1978 e a aprovação do Conselho a 6 de junho de 1978. As negociações iniciaram-se a 17 de outubro de 1978 e concluíram-se em março de 1985.

49 Com o parecer favorável da Comissão de 29 de novembro de 1978, as negociações iniciaram-se em 5 de fevereiro de 1979.

50 Por exemplo, mantém-se o artigo 87.º, n.º 2, alínea c), do TCE, com nova interpretação. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 107.º, n.º 1, do TFUE até 2014.

51 A Suécia apresentou o pedido oficial de adesão em 1 de julho de 1991. Em novembro de 1993, realizou-se referendo sobre a sua adesão à CE, com apenas 52,3 % dos votos. Novo referendo maioritário a favor da adesão em 13 de novembro de 1994.

52 A Noruega apresentou o pedido oficial de adesão em 25 de novembro de 1992. As negociações iniciaram-se em 5 de abril de 1993 e o Tratado de Adesão foi assinado, mas no referendo de 28 de novembro de 1994 a população rejeita a adesão à UE.

em 1 de janeiro de 1995, efetivando o quarto alargamento das Comunidades.

No Conselho Europeu em Atenas, Grécia, de 16 e 17 de abril de 2003, a 16 procedeu-se à assinatura solene dos 10 Tratados de Adesão, na Acrópole de Atenas, de Chipre, Estónia, Letónia, Lituânia, Polónia, Hungria, República Checa, Eslováquia, Eslovénia e Malta, realizando o 5.º alargamento das Comunidades⁵³.

Em 25 de abril de 2005, com a assinatura oficial no Luxemburgo dos Tratados de Adesão da Roménia⁵⁴ e da Bulgária à União Europeia⁵⁵, entraram em vigor em 1 de janeiro de 2007, realizando o 6.º alargamento das Comunidades⁵⁶.

Em 9 de dezembro de 2011, com a assinatura oficial em Bruxelas do Tratado de Adesão da Croácia⁵⁷ à União Europeia⁵⁸, entra em vigor em 1 de julho de 2013, realizando o 7.º alargamento da União⁵⁹.

53 Tratado entre os Estados-Membros da União Europeia relativo à adesão à União Europeia da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca. Jornal Oficial da União Europeia, L 236 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2003-09-23. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12003T%2FTXT&qid=1656785404436>.

54 A Roménia apresentou o pedido oficial de adesão em 22 de junho de 1995.

55 Ratificado por Portugal em 8 de março de 2006.

56 Tratado entre os Estados-Membros da União Europeia relativo à adesão à União Europeia da República da Bulgária e da Roménia. Jornal Oficial da União Europeia, L 157 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2005-06-21. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2005.157.01.0011.01.POR&toc=OJ%3AL%3A2005%3A157%3ATOC.

57 A Croácia apresentou o pedido oficial de adesão em fevereiro de 2003. Realizado um referendo nacional em 22 de janeiro de 2012, com um resultado positivo de 67% dos votos.

58 Ratificado por Portugal na Resolução da Assembleia da República n.º 137/2012 e Decreto do Presidente da República n.º 162/2012 de 14 de novembro, DR n.º 220, 1.ª série.

59 Tratado entre os Estados-Membros da União Europeia relativo à adesão à União Europeia República da Croácia. Jornal Oficial da União Europeia, L 112 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2012-04-24. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2012.112.01.0006.01.POR&toc=OJ%3AL%3A2012%3A112%3ATOC#L_2012112PT.01001001.

Em 31 de janeiro de 2020 a primeira retirada, saindo o Reino Unido⁶⁰ e regressando o conjunto a 27 países, e o território da UE reduz 5,4%⁶¹. O artigo 50.º do TUE foi pela primeira vez cumprido⁶².

A Europa é atrativa e, embora não se prevejam novas adesões a curto prazo, essa perspetiva em si constitui um instrumento eficaz para projetar a estabilidade e segurança ao longo das suas fronteiras⁶³.

Sem estar terminado⁶⁴, o alargamento poderá no futuro

60 Conforme o terceiro cenário da Decisão (UE) 2019/1810 do Conselho Europeu de 29 de outubro de 2019. A União Europeia negociara as condições da sua saída, tendo em conta o quadro das suas futuras relações com a União, pelo Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica e a Declaração Política que estabelece o quadro das futuras relações entre a União Europeia e o Reino Unido Cf. Decisão (UE) 2019/1810 do Conselho Europeu tomada com o acordo do Reino Unido, de 29 de outubro de 2019 que prorroga o prazo previsto no artigo 50.º, n.º 3, do TUE. Jornal Oficial da União Europeia, L 278 I [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2019-10-30, pp. 1-3. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32019D1810>. Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica. Jornal Oficial da União Europeia, C 384 I [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2019-11-12, p. 1. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.CI.2019.384.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2019%3A384I%3ATOC>. Declaração Política que estabelece o quadro das futuras relações entre a União Europeia e o Reino Unido. Jornal Oficial da União Europeia, C 384 I [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2019-11-12, p. 178. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.CI.2019.384.01.0178.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2019%3A384I%3ATOC>.

61 BARATA, Mário Simões. A Retirada Unilateral de uma Notificação de Saída e o Silenciamento da União Europeia. Revista Jurídica Portucalense. Porto: Universidade Portucalense, 2019, n.º 26, pp. 54-67. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/18984>.

62 BARATA, Mário Simões. Brexit and the limits of Article 50 Treaty of the European Union. Open Political Science, 2020, vol. 3, n.º 1, pp. 165-175. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/openps-2020-0013/pdf>.

63 COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco sobre o Futuro da Europa. Reflexões e Cenários para a UE 27 em 2025, p. 3.

64 Cf. COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Estratégia de alargamento da UE. Documento COM(2015) 611 final. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2015:611:REV1>.

integrar países como a Turquia⁶⁵, num processo que se prolonga tanto quanto a discussão se este país é ou não Europa, mas a adesão continua a ser considerado um caminho viável⁶⁶. E ainda: a Islândia⁶⁷, a Sérvia⁶⁸, a Macedónia do Norte⁶⁹, o Montenegro⁷⁰, a Bósnia-Herzegovina⁷¹, os Balcãs Ocidentais, Kosovo e Albânia⁷², países que de alguma forma já manifestaram o interesse na adesão ou se encontram mesmo já em fase de negociações e celebração de acordos de cooperação⁷³.

65 A Turquia mantém relações comerciais com a CE desde 1963. As negociações para a adesão arrancaram em outubro de 2005, mas o processo, o mais longo dos já empreendidos, está praticamente bloqueado devido, entre outros problemas de respeito pelos direitos humanos, ao relacionamento difícil com o Chipre (que permanece dividido entre a parte grega, membro da UE, e o norte, ocupado pela Turquia). Também com algum declínio no esforço de enquadramento desde o alargamento concretizado em 2007. Cf. MATOS, André. The “Other” Outside the European Borders: EU, Turkey and Refugees. 7th Euroacademia International Conference Europe Inside-Out: Europe and Europeanness Exposed to Plural Observers. Porto, 2017. Disponível em: <http://euroacademia.eu/conference/7th-eio-conference/> [consult. 30 jun. 2022].

66 PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu de 19 de maio de 2021. Jornal Oficial da União Europeia, C 15 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2022-01-12, p. 81. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.015.01.0081.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2022%3A015%3ATOC [consult. 30 jun. 2022].

67 A Islândia solicitou a adesão à União Europeia em 17 de julho de 2009, sendo que as relações entre a Islândia e a União Europeia remontam a 1973, data da assinatura de um acordo bilateral de comércio livre. Em março de 2015 retirou o pedido.

68 A Sérvia apresentou o seu pedido de adesão à União Europeia em 22 de dezembro de 2009. Recebeu em julho de 2013 assentimento para iniciar as negociações de adesão, mas a concretizar-se talvez em dez anos. Cf. COMISSÃO EUROPEIA Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Parecer da Comissão sobre o pedido de adesão à União Europeia apresentado pela Sérvia, SEC(2011) 1208 final, COM(2011) 668 final. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0668:FIN:PT:PDF>.

69 A Antiga República Jugoslava da Macedónia também se encontra já em processo de pré-adesão, recebeu em 2009 uma recomendação positiva da CE para iniciar negociações e avançou em 2018. Nesse sentido, contribuiu a mudança de nome para República da Macedónia do Norte em primeiro em 17/06/2018 e mais tarde.

70 O Montenegro está a negociar a adesão desde junho de 2012.

71 O pedido de adesão terá sido renovado em março de 2022, segundo a imprensa.

72 Estes últimos igualmente candidatos com progressos em 2020, disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7002-2020-INIT/en/pdf> . Acesso em: 30 junho. 2022. A Albânia desde 2018.

73 VALÉRIO, Nuno. História da União Europeia. Queluz de Baixo: Presença, 2010, pp. 135 e 136.

Também, ainda numa fase muito precoce, a Ucrânia⁷⁴, a Geórgia e a Moldávia, manifestaram em 2022 a intenção de aderir.

Note-se, que, após as alterações pelo Tratado de Lisboa, é possível encontrar no texto do Tratado da União Europeia um artigo que prevê a possibilidade de retirada de um qualquer Estado da União Europeia (artigo 50.º do TUE). Este direito de saída sublinha a autoridade soberana dos Estados-Membros, demonstrando que o processo de integração não é irreversível. A continuidade ou não de um Estado-Membro na União resulta do livre exercício da sua vontade⁷⁵, mas desconhecem-se as suas consequências práticas.

A questão colocou-se pela primeira vez com o referendo negativo quanto à permanência do país na UE pelo Reino Unido em 23 de junho de 2016⁷⁶ e prolongou-se durante anos para se efetivar nas mais variadas vertentes jurídicas. Só essa saída permite avaliar os custos de não pertença a uma Europa comunitária. Certo é que o Reino Unido fora sempre um “participante especial”⁷⁷, no momento da entrada, durante alguns momentos cruciais da integração e ao ser o primeiro a sair em 31 de janeiro de 2020.

O escritor Stefan Zweig (1881-1942) profetizou que a Europa “ou se une ou se destrói”, mas os restantes países membros encontraram uma continuidade da União Europeia, mesmo com as diferenças entre os seus membros, em possíveis cenários de continuidade estabelecidos pela Comissão do Presidente Jean-

74 Cf. PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu de 1 de março de 2022 sobre a agressão russa contra a Ucrânia. Jornal Oficial da União Europeia, C 125 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2022-03-18. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0052_PT.html.

75 BARATA, Mário Simões. A natureza jurídica da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, p. 280.

76 Em que o movimento “Brexit” (Britain exits) ganhou por 51,9% ao “Bremain” (Britain remains).

77 Na aula aberta proferida sobre o tema ‘União Europeia: os desafios que se seguem’, pelo orador Prof. Doutor Rui Henriques Alves, da Representação Permanente de Portugal junto da União Europeia (REPER), em 23/11/2018, na UPT.

Claude Juncker⁷⁸.

1.3. O Quadro Institucional

Uma das características essenciais de uma organização internacional é a existência de uma estrutura orgânica permanente e independente, graças à qual adquire a necessária estabilidade e continuidade para alcançar os seus objetivos. E permite distinguir a estrutura de outros instrumentos de cooperação interestadual como as conferências intergovernamentais ou congressos. Por regra, estes órgãos próprios da organização internacional não atuam diretamente sobre os cidadãos dos Estados-Membros, mas aí já estamos nas especificidades criadas pelas Comunidades Europeias, em que isso acontece.

Esta nova ordem jurídica assim criada vai atuar através de instituições⁷⁹, entre as quais destacamos: o Conselho, a Comissão, o Parlamento e o Tribunal de Justiça da União Europeia, depois o Conselho Europeu.

Falamos da expressão “instituições, órgãos e organismos da União Europeia” tal como mencionado ao longo dos tratados⁸⁰, de acordo com o artigo 9.º do TUE⁸¹.

A União Europeia não é uma federação de Estados⁸², nem uma mera organização de cooperação entre governos⁸³. Possui

78 COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco sobre o Futuro da Europa. Reflexões e Cenários para a UE 27 em 2025, p. 6, e na imprensa, em *Jornal de Negócios* de 10/03/2017, p. 10.

79 CAMPOS, João Mota. *Manual de Direito Comunitário*. 5.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 63 a 66.

80 Exemplos nos artigos 15.º, 16.º, 123.º, 124.º, 127.º, 130.º, 228.º, 265.º, 267.º, 282.º, 284.º, 298.º ou 325.º do TFUE.

81 Fundamental para consulta, a obra ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de, REIS, Liliana (coord.). *Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2020.

82 Como por exemplo os Estados Unidos da América.

83 Como a Organização das Nações Unidas (ONU), resultante da Conferência de S. Francisco onde é assinado o texto definitivo da Carta das Nações Unidas, 26 de junho de 1945, com que a UE mantém contactos, nos termos dos artigos 302.º do TCE e 19.º, n.º 2, do TUE.

um carácter único e híbrido⁸⁴. Os países que pertencem à UE (os seus “Estados-Membros”) congregaram as suas soberanias em algumas áreas para ganharem uma força e uma influência no mundo que não poderiam obter isoladamente. Congregação de soberanias significa, na prática, que os Estados-Membros delegam alguns dos seus poderes em instituições comuns que criaram, de modo a assegurar que os assuntos de interesse comum possam ser decididos democraticamente ao nível europeu⁸⁵.

As instituições comunitárias apresentam-se como um exemplo de integração positiva. Foram estabelecidas pelos Tratados e neles estão consagradas as competências, as regras e os procedimentos que as instituições da UE devem seguir.

Outra questão que se coloca na análise da estrutura jurídico-constitucional da União Europeia é qual a separação de poderes entre as instituições, enquanto elemento constitucional ou instrumento limitador de poder averiguando se existe concentração ou dispersão. No sistema institucional quadripartido previsto pelos Tratados originários houve a intenção de evitar a concentração de poderes (diferentemente do que era regra geral no mundo internacional⁸⁶) pelos seus fundadores e tal tornou-se numa referência para os continuadores do processo de construção europeia. As Comunidades contaram com uma estrutura institucional mais completa do que as organizações internacionais clássicas, incluindo a previsão de uma instituição chamada a representar os cidadãos – o Parlamento, que em linhas gerais foi mantida até à atualidade.

84 BARATA, Mário Simões. Formas de Federalismo e o Tratado de Lisboa: Confederação, Federação e Integração Europeia. Tese de Doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016, pp. 455-500. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/25723>.

85 Disponível em: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies_pt.

86 Os fundadores das Comunidades afastaram-se do esquema seguido nas organizações internacionais, que costumam concentrar a maior parte das suas prerrogativas num único órgão de natureza intergovernamental – embora como não haja poder político, também não se fale aqui do uso do mecanismo constitucional da separação de poderes.

Parece que encontramos nas instituições da UE um certo equilíbrio na separação de poderes do tipo checks and balances, em que o poder limita o poder. Não existe concentração de poderes ou funções clássicas (legislativo, executivo e judicial) numa só instituição, antes participam do seu exercício diferentes instituições, limitando-se mutuamente na sua atuação. Habitualmente atribui-se ao Conselho o poder legislativo ou decisório, mas que divide, em certos casos, com o Parlamento (como o modelo bicameral de uma federação), a Comissão titula o poder executivo e o Tribunal de Justiça o poder judicial. Se virmos melhor, a divisão de poderes entre as diferentes instituições europeias apresenta particularidades, mas também nos próprios Estados isso acontece.

Surge o princípio do equilíbrio institucional, como sucedâneo do princípio clássico da separação de poderes, sendo certo que a UE dispõe apenas das competências atribuídas pelos Tratados (artigos 13.º, n.º 2, do TUE e 7.º do TFUE). E nisso reside essencialmente este princípio⁸⁷ – cada instituição está obrigada a agir dentro da sua esfera de competências. Trata-se de assegurar o mútuo respeito interinstitucional dos poderes conferidos pelos Tratados, evitando qualquer invasão ou violação de competências de uma instituição por outra, prevendo-se um sistema de recursos para que a instituição afetada possa defender-se da violação do seu âmbito de competências.

Ora, o respeito do equilíbrio de poderes entre as instituições é um valor constitucional essencial dentro do ordenamento jurídico comunitário, uma meta político-constitucional: a limitação do

87 Nos tratados originários não vinha como um princípio expresso. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de junho de 1958. Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, C. 9/56. ECLI:EU:C:1958:7. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:61956CJ0009>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de maio de 1990. Parlamento Europeu contra Conselho das Comunidades Europeias, C-70/88. ECLI:EU:C:1990:217. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0070>. Levou depois à alteração da legitimidade ativa do Parlamento no hoje artigo 263.º TFUE.

poder⁸⁸.

Há quem tente encontrar uma correspondência entre as instituições comunitárias e os órgãos de soberania nacionais, na medida em que exerceriam poderes que correspondem àqueles, vendo no Conselho, na Comissão e agora no Conselho Europeu os órgãos de direção que dispõem de um poder autónomo de decisão e no Parlamento e Tribunal os órgãos de controlo. Mas não é tão simples assim⁸⁹, embora se possam encontrar: órgãos de direção política; órgãos de direção, decisão e execução; e órgãos de controlo ⁹⁰.

Genericamente:

- O PARLAMENTO EUROPEU representa os interesses dos cidadãos⁹¹ dos Estados-Membros e participa do processo legislativo;
- O CONSELHO representa os interesses dos Estados-Membros e tem poderes legislativos e alguns de execução;
- A COMISSÃO EUROPEIA representa os interesses próprios da União e tem funções executivas, participando do processo legislativo;
- O CONSELHO EUROPEU define objetivos como motor da União, sem poderes legislativos;
- O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA representa a defesa do Direito e da Justiça na ordem jurídica comunitária, garantindo a sua interpretação uniforme;
- O TRIBUNAL DE CONTAS surgiu para examinar e fiscalizar as

88 OUTEDA, Celso Cancela. El proceso de constitucionalización de la Unión Europea – de Roma a Niza. Universidade de Santiago de Compostela, 2001, pp. 354 a 358.

89 CAMPOS, João Mota de. Direito Comunitário. Vol. I. 8.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 133.

90 Idem, p. 131.

91 Artigo 14.º, n.º 2, do TUE.

contas, a totalidade de receitas e despesas da União⁹²;

- O BANCO CENTRAL EUROPEU, foi elevado a instituição pelo Tratado de Lisboa⁹³.

Os textos pelos quais se rege o funcionamento das instituições e órgãos do universo comunitário transcendem os artigos dos Tratados institutivos e pormenoriza-se em documentos por vezes de difícil acesso e de ainda mais difícil garantia de atualidade.

1.4. O Quadro do Direito Derivado

Nas palavras da Comissão: “O êxito da realização dos seus muitos objetivos, tal como estabelecidos nos Tratados e na legislação, depende da aplicação eficaz do direito comunitário nos Estados-Membros”⁹⁴.

Os Estados-Membros são os responsáveis pela aplicação do direito da União Europeia, pela sua correta aplicação e execução⁹⁵. A eles incumbe, em primeiro lugar, a responsabilidade pela aplicação do direito da União, tanto no que diz respeito aos Tratados, como ao direito derivado⁹⁶. Cabe-lhes a “plena responsabilidade pela

92 ALVES, Dora Resende. Uma instituição relevante: o Tribunal de Contas. *Maia Jurídica Revista de Direito*, Maia: Associação Jurídica da Maia, 2008, Jan-Jun, ano VI, n.º 1, pp. 81 a 88.

93 Artigo 13.º, n.º 1, do TUE.

94 COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão – Uma Europa de resultados – aplicação do direito comunitário. Documento COM (2007) 502 final. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia de 05.09.2007, p. 2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52007DC0502>.

95 Artigos 4.º, n.º 3, do TUE e 288.º, n.º 3, e 291.º, n.º 1, do TFUE e PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu de 10 de setembro de 2015, sobre o 30.º e 31.º relatórios anuais sobre o controlo da aplicação do Direito da UE (2012-2013). *Jornal Oficial da União Europeia*, C 316 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2017-09-22, p. 249, § 20. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.316.01.0246.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2017%3A316%3AFULL.

96 COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação da Comissão sobre a melhoria do controlo da aplicação do direito comunitário. Documento COM(2002) 725 final. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2002, p. 5. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0725&from=FR>.

correta transposição, aplicação e execução da legislação da UE, nos prazos previstos, e pelo estabelecimento de vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União⁹⁷. Claramente, assim é nas normas que produzam efeito direto⁹⁸; e, de modo diferido, na transposição de diretivas⁹⁹, e quando expressamente indicado nas políticas¹⁰⁰ ou orientações a longo prazo¹⁰¹. Mas outros intervenientes são responsáveis pela aplicação correta e atempada da legislação da UE, tais como, é claro, as próprias instituições europeias, e depois as autoridades regionais e locais e os tribunais¹⁰².

O direito derivado ou secundário na União Europeia é o direito que resulta dos tratados institutivos, baseia-se nos tratados e implica uma série de procedimentos aí previstos. É constituído pelos

97 PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de outubro de 2017, sobre o controlo da aplicação do direito da UE em 2015 (2017/2011(INI)). Jornal Oficial da União Europeia, C 346 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2018-09-20, p. 227. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0421&qid=1656853121041>.

98 RIBEIRO, Ana Luisa de Oliveira. Os princípios do efeito direto e da aplicabilidade direta no direito da União Europeia. Revista Brasileira de Direito Internacional. Santa Catarina: Index Law Journals, 2016, vol. 2, n.º 1. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1036>.

99 PEREIRA, António Pinto. A Diretiva Comunitária. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

100 CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira, SILVEIRA, Alessandra. Direito da União Europeia – Elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016.

101 Mais do que o horizonte 2020 que abrange muitos dos planos a decorrer, nomeadamente na investigação, já se pensa na Agenda 2030, declarando os governos nacionais como os seus principais responsáveis de execução. Cf. COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Proposta de um novo Consenso Europeu sobre o Desenvolvimento, O nosso mundo, a nossa dignidade, o nosso futuro. Documento COM(2016) 740 final. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2013, p. 23, § 68. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:52016DC0740>.

102 Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão Europeia Uma Europa de resultados – Aplicação do direito comunitário. Documento COM(2007) 502 final. Jornal Oficial da União Europeia, C 204 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2008-08-09, cit., p. 3. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1656857479259&uri=CELEX%3A52008AE0482>.

atos adotados pelos órgãos União Europeia¹⁰³, no desempenho das competências que os tratados lhes conferem¹⁰⁴. Pode assumir as formas típicas previstas no artigo 288.º do TFUE¹⁰⁵: regulamentos, diretivas e decisões e ainda recomendações e pareceres.

A questão prende-se com a aplicação efetiva das regras da UE como uma vertente importante para os europeus que afeta, inelutavelmente, a sua vida diária¹⁰⁶. O problema nem sempre é a ausência de legislação da UE, mas sim o facto de nem sempre essa legislação ser aplicada de forma eficaz. A aplicação e a execução do direito da UE comportam um desafio que exige uma maior ênfase na execução, a fim de servir o interesse geral.

A União alicerça-se na confiança mútua entre os Estados-Membros da UE e os respetivos ordenamentos jurídicos¹⁰⁷ visto que, ao abrigo do Tratado de Lisboa, sublinha-se, os Estados-Membros são os principais responsáveis pela aplicação da legislação da UE¹⁰⁸. E a tarefa de identificar o que ocorre da aplicação do direito da União nem sempre é fácil, mormente no campo dos direitos fundamentais.

Por seu lado, a União busca no presente mais transparência e responsabilização nos procedimentos de aplicação da legislação

103 Instituições, mas não só, também outros órgãos ou entidades. Antes pelos órgãos comunitários e da União (da CE e da UE).

104 GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito Comunitário. Coimbra: Almedina, 2008, p. 274 e Direito da União. Coimbra: Almedina, 2010, p. 325.

105 Era o artigo 249.º do TCE.

106 Relatório sobre o acesso à legislação. Jornal Oficial da União Europeia, C 97 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2015-03-24, p. 2. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3A0J.C_.2015.097.01.0002.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2015%3A097%3ATOC.

107 COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito. Documento COM(2014) 158 final. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2014, p. 2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52014DC0158>.

108 COMISSÃO EUROPEIA. Comitologia: Comissão propõe mais transparência e responsabilização nos procedimentos de aplicação da legislação da EU. Comunicado de imprensa (rapid) da Comissão de 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_17_264.

e preocupa-se em devolver aos cidadãos o conhecimento sobre a aplicação correta de um acervo legislativo muito significativo. É necessário satisfazer as expectativas legítimas dos cidadãos sobre as vantagens trazidas pela UE e seu direito. Tal traduz-se em medidas concretas de aumento no intercâmbio de informações e o tratamento adequado e célere das perguntas e queixas apresentadas, como meios de atingir objetivos e tornar certas as liberdades garantidas pelos Tratados¹⁰⁹.

A aplicação efetiva da legislação é essencial para garantir que os cidadãos e as empresas usufruam dos benefícios facultados pelo direito da UE. A eficácia de uma regra depende da sua execução, independentemente do cuidado com que tiver sido redigida e preparada¹¹⁰. Na sequência de um pedido do Parlamento Europeu, a Comissão apresenta, desde 1984, um relatório anual sobre o controlo da aplicação do direito da UE durante o ano anterior e expõe a forma como a Comissão acompanhou a aplicação e fez cumprir o direito da UE nesse ano¹¹¹.

1.5. O Quadro Orientador

A construção da União Europeia é já longa. Conta 72 anos, desde que as ideias norteadoras foram lançadas em 9 de maio de 1950 pela Declaração Schuman¹¹², ainda hoje uma referência

109 Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão Europeia Uma Europa de resultados — Aplicação do direito comunitário. Documento COM(2007) 502 final, p. 2.

110 COMISSÃO EUROPEIA. Controlo da Aplicação do Direito da União Europeia Relatório Anual de 2016. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52017DC0370>.

111 PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu sobre o controlo da aplicação do direito da União — 2017, 2018 e 2019. Jornal Oficial da União Europeia, C 456 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2021-11-10. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021IP0011&qid=1653539384084>. E para 2020, este último, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure/2020-annual-report-monitoring-application-eu-law_pt.

112 Ver atrás mencionada.

essencial¹¹³.

Tais ideias fulcrais foram depois presentes nos preâmbulos¹¹⁴ dos tratados institutivos¹¹⁵ mas hoje resultam também do artigo 3.º do TUE como objetivos definidos.

Todos os Tratados comunitários institutivos visavam os mesmos objetivos iniciais: a expansão económica e o aumento do nível de vida dos cidadãos e uma união pacífica entre os povos europeus.

Aqueles que eram os “princípios fundamentais” passaram a “valores” da União Europeia, que se substituiu e sucedeu à Comunidade Europeia conforme o Tratado de Lisboa (artigo 1.º, § 3, do TUE), estão previstos no artigo 2.º do TUE, onde tudo é apresentado, e depois vem concretizar expressamente o artigo 3.º, n.º 1 e 5, do TUE para a ordem externa¹¹⁶ e resultam também do seu Preâmbulo. O artigo 2º estabelece: “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.”

A Comunidade Europeia atravessou diversos momentos de evolução através das chamadas fases de integração, momentos evolutivos de integração económica. Todos eles através do chamado “método dos pequenos passos” conforme enunciado pelos pais fundadores e em que cada passo justifica o seguinte,

113 Veja-se o Discurso sobre o Estado da União de 15 de setembro de 2021, com variadas menções à génese. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/strategic-planning/state-union-addresses/state-union-2021_pt

114 Sobre o valor jurídico dos preâmbulos, Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa anotada. Tomo I. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2017, pp. 55 e ss.

115 A consultar a visão cronológica dos tratados. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-overview.html> [consult. 30 jun. 2022].

116 CAMPOS, João Mota, CAMPOS, João Luiz Mota. Manual de Direito Europeu. Coimbra: Almedina, 2010, p. 234.

principalmente aqueles que envolvem a evolução monetária¹¹⁷.

Os movimentos de integração têm características diferentes e podem distinguir-se várias formas¹¹⁸. A integração económica comporta vários estádios dinâmicos, de complexidade crescente¹¹⁹.

Em regra, distinguimos na história da Comunidade 5 fases de integração económica¹²⁰: Zona de Comércio Livre, União Aduaneira, Mercado Comum, Mercado Interno ou Mercado Único, União Económica e Monetária e União Política.

Hoje, a União Europeia estabelece um mercado interno, nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do TUE e já uma união económica e monetária, nos termos do artigo 3.º, n.º 4, do TUE, sendo o artigo 119.º, n.º 1, do TFUE elucidativo.

A definição dos objetivos, finalidades ou missões de uma organização internacional reveste-se de uma importância fundamental, na medida em que permite delimitar a sua esfera de competências com o necessário rigor; apurar com mais segurança o sentido e alcance dos textos que a regem; avaliar da adequação dos meios ou instrumentos de ação de que a organização dispõe para o cumprimento desses objetivos e eventualmente para lhe facultar o recurso a competências não expressamente previstas mas necessárias à prossecução dos objetivos estatutariamente fixados. Hoje sobressai a União Europeia nos termos do artigo 1.º, último parágrafo, do TUE.

2. Ainda o princípio do primado do direito da União

Como já dito, não cabe aqui uma análise exaustiva do princípio

117 Na aula aberta proferida sobre o tema ‘União Europeia: os desafios que se seguem’, pelo orador Prof. Doutor Rui Henriques Alves, da Representação Permanente de Portugal junto da União Europeia (REPER), em 23/11/2018, na Universidade Portucalense.

118 PORTO, Manuel Carlos Lopes. Economia – um texto introdutório. 3.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 441.

119 CAMPOS, João Mota e CAMPOS, João Luiz Mota. Manual de Direito Europeu, pp. 505 e 516.

120 GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito da União, pp. 523 a 527.

do primado do direito da União, o que, por si só, ocuparia toda uma obra e se encontra já tão bem descrito na doutrina portuguesa de relevo¹²¹. Recentemente, o Tribunal Constitucional português, a 15 de julho de 2020, no Acórdão n.º 422/2020¹²² veio cuidar do direito da União Europeia e do princípio do primado face a normas constitucionais nacionais. O Tribunal Constitucional apreciou, em fiscalização concreta, um recurso interposto ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional, no qual era questionada a conformidade constitucional, de norma de regulamento da União Europeia¹²³. Se foi o mote deste escrito, a sua análise motivou texto autónomo¹²⁴.

Este princípio do direito da União Europeia é já aceite e assente. O primado do direito da União Europeia é a prevalência do direito da União Europeia originário ou derivado sobre qualquer regra de direito nacional, quer anterior quer posterior, de natureza constitucional ou infraconstitucional. O primado do direito da União Europeia impõe-se quer as suas normas sejam ou não diretamente aplicáveis, produzam ou não efeito direto¹²⁵.

“De acordo com a jurisprudência assente, o primado do direito comunitário exige que não se aplique uma norma de direito interno

121 Sem esgotar, recomendam-se os autores João Mota de Campos, Fausto de Quadros, Alessandra Silveira, Maria José Rangel Mesquita, Miguel gorjão-Henriques, Jónatas Machado, Sofia Pais.

122 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 422/2020 [em linha]. Processo 538/2017. Relator: Conselheiro José António Teles Pereira. Disponível em: <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html?fbclid=IwAR3jcYsOcf5Ppvrj2UQG2DFt-z0rcUOTzAckS3lyw6xzfQAe8QzkY1ldEfMw> [consult. 30 jun. 2022].

123 VILAÇA, José Luís da Cruz. O acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português e a inibição de acesso ao direito da UE: um ponto final no “diálogo de surdos”? Lisboa: Cruz Vilaça Advogados, 2020. Disponível em: <https://www.cruzvilaca.eu/pt/noticias/O-acordao-n-4222020-do-Tribunal-Constitucional-portugues-e-a-inibicao-de-acesso-ao-direito-da-UE-um/107/>.

124 PACHECO, Fátima. Revisitar a primazia do Direito da União Europeia no quadro das relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais constitucionais – algumas considerações sobre o acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português.

125 VILAÇA, José Luís da Cruz, EU Law and Integration. Twenty years of judicial application of EU law. Hart Publishing, 2014, p. 19.

contrária a uma norma de direito comunitário, seja ela anterior ou posterior a esta última”, sendo que este dever de deixar de aplicar a legislação nacional que contraria o direito comunitário¹²⁶ aplica-se não só a tribunais nacionais, mas também a todos os órgãos do Estado¹²⁷.

Assim, face ao artigo 4.º, n.º 3, do TUE, os Estados-Membros devem fazer prevalecer o direito da União Europeia sobre o direito nacional mesmo que tenham de alterar este último. Se os Estados-Membros não o fizerem incorrem em infração possível de conduzir a sanção, conforme referem os artigos 258.º a 260.º do TFUE.

A aplicabilidade direta do direito da União Europeia seria letra morta se os Estados-Membros se pudessem subtrair à aplicação do direito da União Europeia mediante uma norma nacional, qualquer que fosse a sua hierarquia.

Por um lado, o direito da União Europeia deve ser uniformemente interpretado e aplicado, sob pena de os mesmos cidadãos da União Europeia (artigo 20.º do TFUE) terem direitos e obrigações diferentes conforme o país em que se encontrem. Deve ser obrigatório, em igual medida, em todos os países membros. A natureza do direito da União Europeia perder-se-ia se qualquer Estado pudesse subtrair-se aos seus comandos, paralisando os seus efeitos. Por outro lado, a natureza da União Europeia repousa na limitação dos poderes soberanos dos Estados-Membros. Se assim é, os Estados-Membros têm que se sujeitar à ordem jurídica por eles criada.

126 De notar que se permite aqui o uso da palavra “comunitário” por referência às Comunidades Europeias, atenta a terminologia do próprio documento da Declaração anexa aos Tratados e mesmo porque toda a densificação do conceito aconteceu no quadro comunitário pré-Tratado de Lisboa. Cf. ENES, Graça. A europeização dos direitos nacionais dos estados membros. O papel dos tribunais nacionais. In: MOTA, Helena, et al (orgs.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2017, p. 567.

127 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 9 de setembro de 2003. Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato., C-198/01. ECLI:EU:C:2003:430, I-8079 a I-8104, § 48 e 49. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62001CJ0198>.

Não se falava no texto dos tratados em primado do direito comunitário antes do Tratado de Lisboa¹²⁸, por via agora do artigo 51.º do TUE. O princípio surgiu na jurisprudência na década de 1960 pelo Acórdão Costa v. Enel, de 1964¹²⁹. Conforme descrito pela Professora Alessandra Silveira, depois tantas vezes confirmado e reafirmado¹³⁰.

O Tratado de Lisboa mantém a inexistência de disposição expressa¹³¹ mas veio acrescentar nas Declarações relativas a certas disposições dos Tratados n.º 17, a Declaração sobre o primado do direito comunitário anexa ao Tratado de Lisboa¹³² que cita parecer do Conselho¹³³. Antes, no entender do então ainda Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, resultava dos autores dos tratados, do seu texto e contexto. Era este o sentido de uma interpretação dinâmica, evolutiva e teleológica recorrendo ao efeito útil e objetivos dos tratados.

Quer o direito da União Europeia originário, quer o direito da União Europeia derivado, prevalecem sobre o direito constitucional nacional. Qualquer que seja a natureza do direito nacional não pode subtrair-se aos comandos do direito da União Europeia. Para

128 CANDEIAS, Maria Margarida Acates. Primado do direito da União Europeia antes e depois do Tratado de Lisboa. Data Vénia. 2015, ano 3, n.º 4. Disponível em: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_145-286.pdf.

129 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de julho de 1964. Flaminio Costa v. E.N.E.L., C-6-64. ECLI:EU:C:1964:66. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61964CJ0006>.

130 SILVEIRA, Alessandra. Princípios de Direito da União Europeia – doutrina e jurisprudência. 2.ª Ed. Lisboa: Quid Iuris Editora, 2013, p.121.

131 COELHO, Carlos. Europa de A a Z. Gaeiras: Alêthia, 2018, p. 524.

132 Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. As Declarações Relativas a Disposições dos Tratados. 17. Declaração sobre o primado do direito comunitário. 17. Declaração sobre o primado do direito comunitário. Jornal Oficial da União Europeia, C 202 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2016-06-07, p. 344. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2016.202.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2016%3A202%3ATOC#C_2016202PT.01033501 [consult. 30 jun. 2022].

133 Parecer do Serviço Jurídico do Conselho de 22 de junho de 2007 sobre o primado (Documento n.º 11197/07 (JUR 260)). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016L/AFI/DCL/17&from=EN> Acesso em: 30 junho. 2022.

evitar contradições entre o direito da União Europeia e o direito constitucional é que as respetivas Constituições foram sendo revistas. Em Acórdão de 1970¹³⁴, o TJCE afirmou o primado do então direito comunitário derivado sobre as Constituições dos Estados-Membros e os princípios nelas consignados¹³⁵.

Se o direito da União Europeia prevalece sobre o direito constitucional nacional por maioria de razão deve prevalecer sobre as leis ordinárias nacionais, o direito nacional infraconstitucional. No texto da Constituição Europeia, o princípio teria ficado expresso no artigo I-6.^o¹³⁶ mas o texto de 2004 não prevaleceu¹³⁷.

Na doutrina portuguesa, um dos grandes nomes a desenvolver a questão do primado foi o Professor Fausto de Quadros¹³⁸. E referimos este Professor porque, em 2020, revisitou o tema em artigo de opinião¹³⁹ a propósito de acórdão do Tribunal Constitucional alemão “Sabemos todos que a entrada e a participação de um Estado na União Europeia implica para ele limitações à sua soberania, tal como esta é classicamente entendida. Esse fenómeno encontra-se na essência da integração e constitui o principal marco distintivo da União quando comparada com tantas outras organizações internacionais criadas logo a seguir à Segunda Grande Guerra

134 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de dezembro de 1970. Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11-70. ECLI:EU:C:1970:114. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61970CJ0011>.

135 FARINHAS, Carla. O princípio do primado do direito da União sobre o direito nacional e as suas implicações para os órgãos jurisdicionais nacionais. Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2018, n.º 35. Disponível em: <http://julgar.pt/o-principio-do-primado-do-direito-da-uniao-sobre-o-direito-nacional-e-as-suas-implicacoes-para-os-orgaos-jurisdicionais-nacionais/>.

136 Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Jornal Oficial da União Europeia, C 310 [em linha].

137 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. «Brançosos» e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2017, p. 250.

138 QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2013, p. 396.

139 QUADROS, Fausto de. Os tribunais constitucionais nacionais e a integração europeia. Observador, 2020. Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/os-tribunais-constitucionais-nacionais-e-a-integracao-europeia-algumas-reflexoes-sobre-o-acordao-do-tribunal-constitucional-federal-alemao/>.

(...) A participação de um Estado na União Europeia traz para ele limitações à sua soberania que estão cobertas e legitimadas pela respetiva Constituição. Assim acontece também com Portugal. (...) o TJ começou a criar, através da sua jurisprudência, o primado do Direito da União Europeia, isto é, a prevalência da norma da União sobre a norma dos Estados que com ela conflituasse (...) (...) o primado do Direito da União sobre os Direitos estaduais (...) foi criado e desenvolvido ao longo de décadas pela jurisprudência do TJ, com a colaboração dos tribunais constitucionais e das Constituições dos Estados membros (...) e está hoje aceite pelos Tratados (...)”¹⁴⁰.

Muito recentemente (2022) foram apresentadas as conclusões do XXIX Congresso da Fédération Internationale de Droit Européen¹⁴¹, aos relatórios nacionais apresentados sobre o tema “National Courts and the Enforcement of EU Law – the pivotal role of national courts in the EU legal order”¹⁴². O relatório português fora terminado em fevereiro de 2020 e foram relatores nacionais Inês Quadros e Pedro Guerra e Andrade¹⁴³.

Antes ainda da prolação do acórdão supra analisado que representou um desenvolvimento significativo, de forma que se ustificou incluí-lo posteriormente. Concluiu-se que, de forma lenta, mas progressiva, os tribunais nacionais vão incorporando o princípio

140 Essa análise não cabe neste texto pois justificaria por si só um estudo. O Acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão) do dia 5 de maio de 2020, trouxe para o debate questões da maior importância para a compreensão da integração europeia e das suas relações com as Constituições dos Estados-Membros. QUADROS, Fausto de. Os tribunais constitucionais nacionais e a integração europeia, 2020.

141 Teve lugar entre 3 e 6 de novembro de 2021, na Haia, Países Baixos. Página do evento disponível em: <https://fide2020.eu/>.

142 BOTMAN, Marleen e LANGER, Jurian (Eds). National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order. The XXIX FIDE Congress in The Hague, 2020 Congress Publications, Vol. 1. 2020.

143 QUADROS, Maria Inês, ANDRADE, Pedro Guerra. Portugal. In: BOTMAN, Marleen, JURIAN LANGER, Jurian (Eds.). National Courts and the Enforcement of EU Law: the pivotal role of national courts in EU legal order. XXIX FIDE Congress. Eleven International Publishing, 2020 pp. 405-427.

do primado na sua prática decisória¹⁴⁴. Em síntese, o direito da União Europeia prevalece sempre sobre o direito interno qualquer que seja a sua fonte ou origem numa preferência aplicativa.

3. A colaboração entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal de Justiça da União Europeia

3.1. As questões prejudiciais

Uma das consequências decorrentes do Acórdão n.º 422/20, de 15 de julho, do Tribunal Constitucional recortadas pelos juristas e comentadores daquela decisão prendia-se com a eventual formulação de o primeiro pedido de reenvio prejudicial dirigido ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹⁴⁵. O pedido de reenvio prejudicial, previsto no artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) constitui, nas palavras de Fausto Quadros, “uma manifestação da cooperação entre os tribunais nacionais e o TJUE (a chamada “cooperação judiciária”), visando chegar-se a interpretação e a aplicação uniformes do Direito da União pelos Tribunais nacionais”¹⁴⁶.

De acordo com Fausto de Quadros as questões prejudiciais desempenham uma dupla função: objetiva e subjetiva. A primeira função diz respeito ao facto de serem um instrumento ou mecanismo desenhado para a interpretação e aplicação uniformes do Direito da União Europeia (DUE), ao passo que a segunda função se prende com a “concretização de um direito à garantia judicial efetiva reconhecido aos particulares pelo Direito da União”¹⁴⁷. Nesse sentido, os particulares têm o direito à aplicação plena do DUE pelos tribunais internos dos Estados-Membros.

O artigo 267.º do TFUE distingue entre questões prejudiciais

144 Associação Portuguesa de Direito Europeu (“APDE”) no Webinar sobre as Conclusões do XXIX Congresso FIDE (1ª sessão) realizado online no dia 24 de maio de 2022.

145 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 422/2020 [em linha]. Processo 538/2017.

146 QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia, p. 582.

147 Idem, p. 584.

que tenham por objeto a interpretação das que visam aferir da validade da norma ou do ato. O preceito identifica ainda o tipo de normas ou atos sobre as quais pode recair a interpretação prejudicial do TJUE. Assim, o primeiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE alude a quatro tipos de atos ou normas: a) o Direito originário; b) o Direito derivado; c) os acordos internacionais que obriguem a União; d) as disposições do Direito Internacional que levam a cabo uma remissão explícita para o Direito da União.

No dia 9 de dezembro de 2020, a 1.ª Secção do Tribunal Constitucional (TC) decidiu, pela primeira vez, dirigir ao Tribunal de Justiça da União Europeia, sediado em Luxemburgo, uma questão prejudicial. Em concreto, o TC sentiu a necessidade de obter a interpretação do TJUE referente a duas normas que pertencem ao direito originário da União de modo a resolver um litígio conexo com a aplicação do Código do Imposto Sobre Veículos. Assim, o TC estabeleceu os termos do primeiro pedido de reenvio prejudicial formulado por aquele órgão jurisdicional no Acórdão n.º 711/2020¹⁴⁸.

3.2. O litígio

A origem do caso prende-se com a liquidação do Imposto Sobre Veículos (ISV). Em concreto, uma sociedade comercial requereu a constituição de um tribunal arbitral para anular parcialmente os atos de liquidação do ISV. Para tanto, argumentou que a percentagem de redução do imposto prevista no artigo 11.º do Código do Imposto Sobre Veículos (CISV) aprovado pela Lei n.º 22-A/2007, de 29 de junho, se aplicava à componente ambiental, na determinação dos impostos a ser pagos pelos carros usados importados e pediu que a Autoridade Tributária (AT) fosse condenada a restituir o valor pago, a título de imposto acrescido de juros indemnizatórios desde

148 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020 [em linha]. Processo n.º 173/2020. Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200711.html> [consult. 30 jun. 2022]. Consultar também a análise em CARVALHO, Ana Sofia. Imposto sobre Veículos e direito da União Europeia. Cadernos de Justiça Tributária. Braga: Universidade do Minho, 2020, Jan/Mar, n.º 27, p. 6.

a data de efetivo pagamento até à restituição.

O Tribunal a quo proferiu a sua sentença em janeiro de 2020 e julgou o pedido procedente. Consequentemente, determinou a anulação das liquidações já efetuadas e a restituição do imposto pago em excesso, bem como juros indemnizatórios¹⁴⁹. Inconformada com a decisão, a AT recorreu para o Tribunal Constitucional (TC) ao abrigo das alíneas a) e i) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de novembro¹⁵⁰.

A AT desenvolveu uma argumentação assente na defesa do ambiente para justificar a opção vertida na redação do artigo 11.º do CISV para não contemplar a componente ambiental na redução do imposto. Para tanto, mobilizou o n.º 4 do artigo 104.º da CRP¹⁵¹, princípio do poluidor pagador e o próprio artigo 191.º do TFUE.

Afirmou que o Estado Português não pretendia restringir a entrada de veículos usados em Portugal, mas sim orientar as escolhas dos consumidores no sentido de estes optarem por veículos novos menos poluentes. Esta opção legislativa, no entender da AT, está em linha ou em conformidade com a tarefa

149 De acordo com o artigo 43.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária (LGT), “são devidos juros indemnizatórios quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido”. Cf. Decreto-Lei n.º 398/98. Diário da República, Série I-A [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998-12-17, n.º 290, pp. 6872 – 6892. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/398-1998-191558>.

150 COUTINHO, Francisco Pereira. O reenvio prejudicial e as relações entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Nacionais. In: ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de, COELHO, Larissa, CABRAL, Tiago Sérgio. O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-Justice). Vol. III (Coleção UNIO E-book). Braga: Universidade do Minho – Escola de Direito, 2022, p. 37.

151 No âmbito do Sistema Financeiro e Fiscal, o artigo 104.º da CRP refere-se aos impostos e o seu n.º 4, relativamente à tributação do consumo, estabelece que esta “visa adaptar a estrutura do consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico e da justiça social, devendo onerar os consumos de luxo”. Cf. Decreto de Aprovação da Constituição. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1976-04-10, pp. 738-775. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-aprovacao-constituicao/1976-502635>.

fundamental do Estado constante da alínea e) do artigo 9.º da lei fundamental¹⁵² e o dever de proteção do ambiente estabelecido no n.º 2 do artigo 66.º da CRP¹⁵³.

Pelo contrário, a recorrida não subscreveu a tese oferecida pela AT quanto ao objeto do recurso, que defendia a inconstitucionalidade da decisão do Tribunal Arbitral, com base no argumento de que esta viola o princípio constitucional de proteção do ambiente consagrado no artigo 66.º da CRP. Na verdade, o que está em causa, segunda a Recorrida, não é uma questão ambiental, “mas sim o tratamento discriminatório dado aos automóveis usados similares comercializados no território nacional relativamente aos que são originários de outro Estado-Membro da União Europeia”¹⁵⁴.

Ademais, acrescenta que “e tanto uns como outros, que são veículos exatamente iguais, são poluidores do ambiente com emissões de CO2 exatamente iguais, só que uns (introduzidos em Portugal) são tributados de uma forma mais gravosa relativamente aos outros (os originalmente comercializados em Portugal)”¹⁵⁵. Logo, a recorrida sustenta que estamos perante uma discriminação que viola o direito da União Europeia.

Admitido o recurso, o TC analisou a redação do artigo 11.º do CISV e recorreu à argumentação apresentada pelo Tribunal Arbitral para desaplicar a norma, com vista a delimitar o objeto do recurso. Assim, o TC considerou a seguinte passagem da decisão do Tribunal a quo: “No âmbito dos presentes autos, e de acordo com a factualidade dada como provada, Portugal não tem [em] conta nenhuma redução sobre a componente ambiental do ISV no cálculo do imposto incidente sobre veículos usados “importados”

152 Segundo o artigo 9º, e) da CRP, “defender a natureza e o ambiente” faz parte das tarefas fundamentais do Estado.

153 No contexto dos “direitos e deveres sociais”, a CRP dedica o artigo 66.º ao “ambiente e qualidade de vida” e, no seu n.º 2, elenca um conjunto de tarefas que o Estado deve desenvolver, tendo em vista o direito ao ambiente, nomeadamente, “assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida” (artigo 66.º, n.º 2, alínea h), da CRP).

154 Ver o ponto n.º 4 do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020 [em linha].

155 Idem.

de outros EM. Por este motivo, decidiu desaplicar este preceito, quando interpretado no sentido de que se deve calcular o imposto sobre veículos usados oriundos de outro EM sem ter em conta a depreciação dos mesmos, de tal forma que, neste caso, o imposto calculado ultrapasse o montante de ISV contido no valor residual de veículos usados similares que já foram registados no EM de importação, ou seja, dos veículos usados nacionais, por violar o artigo 110.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)”¹⁵⁶.

Em suma, a questão central do recurso para o TC prende-se com a interpretação a dar ao artigo 11.º do CISV. Assim, o TC recortou o objeto de recurso da seguinte forma: “o artigo 11.º do CISV, ao não prever uma redução sobre a componente ambiental do ISV no cálculo do imposto incidente sobre veículos usados adquiridos noutros Estados-Membros que tenham em conta a sua desvalorização, permite que o valor de imposto em causa seja superior ao montante de ISV calculado relativo a veículos usados nacionais equivalentes” ¹⁵⁷.

Consequentemente, entendeu formular um pedido de reenvio prejudicial de modo a aferir a conformidade do artigo 11.º do CISV com o artigo 110.º do TFUE¹⁵⁸.

3.3. Desfecho

Contudo, o pedido de reenvio prejudicial não teve um desfecho normal (i.e., decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia). Na verdade, a conclusão do processo está ligada a outro processo que já tinha dado entrada no Tribunal. Em concreto, no dia 2 de setembro de 2021, o TJUE decidiu a ação intentada em 23 de abril

156 Ver o ponto n.º 8 do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020 [em linha].

157 Ver o ponto n.º 9 do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020 [em linha].

158 BARATA, M., ABRUNHOSA, Ângelo. Impostos sobre Veículos Usados e o Primeiro Pedido de Reenvio Prejudicial do Tribunal Constitucional Português. Revista Jurídica Portucalense. Porto: Universidade Portucalense, 2022, pp. 99–118. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/25010>.

de 2020 pela Comissão Europeia contra a República Portuguesa.

No âmbito do Processo C-169/20, a Comissão pediu ao TJUE que declarasse que, “ao não desvalorizar a componente ambiental no cálculo do valor aplicável aos veículos usados introduzidos no território da República Portuguesa e adquiridos noutros Estados-Membros no âmbito do cálculo do imposto de registo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 110.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”¹⁵⁹.

O TJUE acabou por concluir o seguinte relativamente a legislação nacional: “a tabela de desvalorização adotada pela legislação nacional não conduz a uma aproximação razoável do valor real do veículo usado importado. Consequentemente, o montante pago para registar um veículo usado importado excede o montante relativo a um veículo usado similar já registado em Portugal, o que configura uma violação do artigo 110.º do TFUE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça”¹⁶⁰.

A decisão naquela ação por incumprimento acabou por determinar o desfecho do primeiro pedido de reenvio prejudicial do Tribunal Constitucional português. Nesse sentido, a Secretária-geral do TJUE oficiou o TC português (i.e., o órgão judicial de reenvio) informando-o do teor do Acórdão proferido em 2 de setembro de 2021, Comissão/Portugal (Imposto sobre veículos) (C169/20, EU:C:2021:679), solicitando que lhe informasse se pretendia manter o pedido de reenvio prejudicial.

Na sequência do pedido, o TC informou o Tribunal de Justiça da União Europeia, por apresentação eCuria de 14 de outubro de 2021, de que não tencionava manter o pedido de decisão prejudicial. Consequentemente, o Presidente do TJUE decidiu,

159 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 2 de setembro de 2021[em linha]. Comissão Europeia contra República Portuguesa, C-169/20. ECLI:EU:C:2021:679, paragrafo n.º 10. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0169>.

160 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 2 de setembro de 2021[em linha].

por despacho, ordenar o cancelamento do presente processo no registo do Tribunal de Justiça (Processo C136/21)¹⁶¹.

Notas finais

A União Europeia mantém-se como uma construção ímpar no mundo, com uma ordem jurídica própria distinta da ordem jurídica dos 27 Estados europeus que dela fazem parte, porém, com relação direta com os cidadãos desses Estados e colaborando no funcionamento dos Estados através de diversos mecanismos.

Em tom breve e introdutório, pretendeu-se convidar o leitor a um enquadramento da integração europeia nas vertentes do quadro institutivo, do quadro territorial, do quadro institucional, do quadro do direito derivado e do quadro orientador. Ainda se toca no princípio do primado e termina com um exemplo da colaboração entre o Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Como mencionado, 2020 torna-se um ano histórico para a relação entre o Tribunal Constitucional português e a União Europeia, com o primeiro acórdão sobre o primado e as suas limitações (Acórdão n.º 422/2020) e ainda a colocação da primeira questão prejudicial pelo TC português (Acórdão n.º 711/2020). Cada uma destas decisões permitiria uma análise destacada pela densidade de questões que coloca, assim aconteceu com as considerações ao Acórdão n.º 422/2020, que, tendo dado o mote a este texto, autonomizou-se neste mesmo volume mas convirá ser lido em continuidade.

161 Despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2021 [em linha]. Autoridade Tributária e Aduaneira contra VectorImpacto – Automóveis Unipessoal Lda., C-136/21. ECLI:EU:C:2021:925. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=249706&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9829594>

Referências

ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de, REIS, Liliana (coord.). Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2020.

ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de, COELHO, Larissa, CABRAL, Tiago Sérgio. O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-Justice). Vol. III (Coleção UNIO E-book). Braga: Universidade do Minho – Escola de Direito, 2022.

ALVES, Dora Resende, 50 anos de Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.). Revista Jurídica Portucalense. Porto: Universidade Portucalense. 2002, n.º 9.

ALVES, Dora Resende. Uma instituição relevante: o Tribunal de Contas. Maia Jurídica Revista de Direito, Maia: Associação Jurídica da Maia, 2008, Jan-Jun, ano VI, n.º 1, pp. 81 a 88.

ALVES, Dora Resende. Notas sobre O TRATADO DE LISBOA de 13 de dezembro de 2007. Revista Jurídica Portucalense. Porto: Universidade Portucalense, 2008, n.º 13, pp. 27-40

ALVES, Dora Resende, O Dia Da Europa – Um Olhar sobre a União Europeia. Revista Delure: Revista do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no Brasil. Minas Gerais, 2013, jan/jun, vol. 12, n.º 20, pp. 23-53. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/701>.

BARATA, Mário Simões. A natureza jurídica da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, vol. 90.

BARATA, Mário Simões. Brexit and the limits of Article 50 Treaty of the European Union. Open Political Science, 2020, vol. 3, n.º 1, pp. 165-175. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/openps-2020-0013/pdf>.

BARATA, Mário Simões. A Retirada Unilateral de uma Notificação de Saída e o Silenciamento da União Europeia. *Revista Jurídica Portucalense*. Porto: Universidade Portucalense, 2019, n.º 26, pp. 54-67. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/18984>.

BARATA, M., ABRUNHOSA, Ângelo. Impostos sobre Veículos Usados e o Primeiro Pedido de Reenvio Prejudicial do Tribunal Constitucional Português. *Revista Jurídica Portucalense*. Porto: Universidade Portucalense, 2022, pp. 99–118. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/25010>.

BARATA, Mário Simões. Formas de Federalismo e o Tratado de Lisboa: Confederação, Federação e Integração Europeia. Tese de Doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016, pp. 455-500. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/25723>.

CAMPOS, João Mota. *Manual de Direito Comunitário*. 5.^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*. Vol. I. 8.^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAMPOS, João Mota, CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de Direito Europeu*. Coimbra: Almedina, 2010.

CANDEIAS, Maria Margarida Acates. Primado do direito da União Europeia antes e depois do Tratado de Lisboa. *Data Vénia*. 2015, ano 3, n.º 4. Disponível em: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_145-286.pdf.

CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira, SILVEIRA, Alessandra. *Direito da União Europeia – Elementos de direito e políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. «Brançosos» e Interconstitucionalidade. *Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2017.

CARVALHO, Ana Sofia. Imposto sobre Veículos e direito da União Europeia. Cadernos de Justiça Tributária. Braga: Universidade do Minho, 2020, Jan/Mar, n.º 27, pp.3-13.

COELHO, Carlos. Europa de A a Z. Dicionário de termos europeus. Gaeiras: Alêthia, 2018.

CORTÉS MARTÍN, José Manuel. Adhesión al cedh y autonomía del derecho de la Unión: legitimación pasiva de la unión y sus miembros y compatibilidad material. Revista General de Derecho Europeo. Iustel, 2010, n.º 22.

COUTINHO, Francisco Pereira. O reenvio prejudicial e as relações entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Nacionais. In: ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de, COELHO, Larissa, CABRAL, Tiago Sérgio. O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-Justice). Vol. III (Coleção UNIO E-book). Braga: Universidade do Minho – Escola de Direito, 2022, pp. 32-38.

ENES, Graça. A europeização dos direitos nacionais dos estados membros. O papel dos tribunais nacional. In: MOTA, Helena, et al (orgs.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334729583_A_europeizacao_dos_direitos_nacionais_dos_estados_membros_O_papel_dos_tribunais_nacionais.

FARINHAS, Carla. O princípio do primado do direito da União sobre o direito nacional e as suas implicações para os órgãos jurisdicionais nacionais. Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2018, n.º 35. Disponível em: <http://julgar.pt/o-principio-do-primado-do-direito-da-uniao-sobre-o-direito-nacional-e-as-suas-implicacoes-para-os-orgaos-jurisdicionais-nacionais/>.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito Comunitário. Coimbra: Almedina, 2008.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito da União. Coimbra: Almedina, 2010

MATOS, André. The “Other” Outside the European Borders: EU, Turkey and Refugees. 7th Euroacademia International Conference Europe Inside-Out: Europe and Europeanness Exposed to Plural Observers. Porto, 2017. Disponível em: <http://euroacademia.eu/conference/7th-eio-conference/> [cônsul. 30 jun. 2022].

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa anotada. Tomo I. 2.^a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

MOREIRA, Vital. A Vontade dos Cidadãos da União. Estudos do Século XX. Coimbra: Centro de Estudos Interdisciplinares da Universidade de Coimbra. 2017, n.º 17, p. 47. Disponível em: https://doi.org/10.14195/1647-8622_17_3.

OUTEDA, Celso Cancela. El proceso de constitucionalización de la Unión Europea – de Roma a Niza. Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

PACHECO, Fátima. Revisitar a primazia do Direito da União Europeia no quadro das relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais constitucionais – algumas considerações sobre o acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português.

PACHECO, Fátima. Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 27383/17.0T8LSB.L1.S1, (revista), 4.^a secção, de 8/5/2019. Maia Jurídica Revista de Direito. 2019, ano X, n.º 1, pp. 77-148.

PEREIRA, António Pinto. A Diretiva Comunitária. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. Economia – um texto introdutório. 3.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 441.

QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia. 3.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2013.

QUADROS, Fausto de. Direito das Comunidades Europeias.

Coimbra: Almedina, 2004.

QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia – direito constitucional e administrativo da União Europeia. Almedina, 2004.

QUADROS, Fausto de. Os tribunais constitucionais nacionais e a integração europeia. Observador, 2020. Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/os-tribunais-constitucionais-nacionais-e-a-integracao-europeia-algumas-reflexoes-sobre-o-acordao-do-tribunal-constitucional-federal-alemao/>.

QUADROS, Maria Inês, ANDRADE, Pedro Guerra. Portugal. In: BOTMAN, Marleen, LANGER, Jurian (Eds.). National Courts and the Enforcement of EU Law: the pivotal role of national courts in EU legal order. XXIX FIDE Congress. Eleven International Publishing, 2020 pp. 405-427. Disponível em: <https://fide2020.eu/fide-2020/topics/> [consult. 24 mai. 2022].

QUADROS, Inês. General Update: Portugal. In: BOTMAN, Marleen, JURIAN LANGER, Jurian (Eds.). FIDE 2021 Congress - Topic 1: National Courts and the Enforcement of EU Law Brief overview most relevant updates. BOTMAN, Marleen, LANGER, Jurian (Eds.). The XXIX FIDE Congress in The Hague, 2020 Congress Publications. Vol. 1.2020, pp. 10-11. Disponível em: <https://fide2020.eu/wp-content/uploads/2021/10/FIDE-2021-Updates-Topic-1.pdf> [consult. 24 mai. 2022]

RIBEIRO, Ana Luisa de Oliveira. Os princípios do efeito direto e da aplicabilidade direta no direito da União Europeia. Revista Brasileira de Direito Internacional. Santa Catarina: Index Law Journals, 2016, vol. 2, n.º 1. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1036>.

RIVAS, José e BRANTON, Jonathan – Developments in EC Competition Law in 2002. Common Law Market Review. Netherlands. 2003, vol. 40, n.º 5.

SILVA, Maria Manuela Magalhães, ALVES, Dora Resende. As Convenções de Lomé no contexto da Política de Cooperação para o Desenvolvimento como desiderato da Comunidade Europeia.

Revista Africana. Porto: Universidade Portucalense, 2002.

SILVEIRA, Alessandra. Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Recai ou não recai? – Eis a questão! Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2014, n.º 22, p 180. Disponível em: <http://julgar.pt/do-ambito-de-aplicacao-da-carta-dos-direitos-fundamentais-da-uniao-europeia-recai-ou-nao-recai-eis-a-questao/>.

SILVEIRA, Alessandra. Princípios de Direito da União Europeia – doutrina e jurisprudência. 2.ª Ed. Lisboa: Quid Iuris Editora, 2013.

SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (Coord.). Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2013.

SOARES, António Goucha. O Impasse Político Europeu: Desalfandegar a Constituição Europeia. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). 50 Anos do Tratado de Roma. Lisboa: Quid Juris, 2007.

SWIEBEL, Joke. Intercultural dialogue and diversity within the EU. Eurolimes. Editura Universitatii din Oradea, 2008, n.º 6, p. 102. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=6717>

VALÉRIO, Nuno. História da União Europeia. Queluz de Baixo: Presença, 2010.

VILAÇA, José Luís da Cruz. O acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português e a inibição de acesso ao direito da UE: um ponto final no “diálogo de surdos”? Lisboa: Cruz Vilaça Advogados, 2020. Disponível em: <https://www.cruzvilaca.eu/pt/noticias/O-acordao-n-4222020-do-Tribunal-Constitucional-portugues-e-a-inibicao-de-acesso-ao-direito-da-UE-um/107/>.

VILAÇA, José Luís da Cruz, EU Law and Integration. Twenty years of judicial application of EU law. Hart Publishing, 2014.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão) de 5 de maio de 2020. Heinrich Weiss e outros. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de junho de 1958. Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, C. 9/56. ECLI:EU:C:1958:7. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:61956CJ0009>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de maio de 1990. Parlamento Europeu contra Conselho das Comunidades Europeias, C-70/88. ECLI:EU:C:1990:217. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0070>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 9 de setembro de 2003. Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-198/01. ECLI:EU:C:2003:430, I-8079 a I-8104, § 48 e 49. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62001CJ0198>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de julho de 1964. Flaminio Costa v. E.N.E.L., C-6-64. ECLI:EU:C:1964:66. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61964CJ0006>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de dezembro de 1970. Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11-70. ECLI:EU:C:1970:114.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 2 de setembro de 2021. Comissão Europeia contra República Portuguesa,

C-169/20. ECLI:EU:C: 2021:679. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0169>.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 422/2020 [em linha]. Processo n.º 538/2017. Relator: Conselheiro José António Teles Pereira. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html?fbclid=IwAR3jcYsOcF5Ppvrj2UQG-2DFtz0rcUOTzAckS3lyw6xzfQAe8QzkY1ldEfMw> [consult. 30 jun. 2022].

Acórdão do Tribunal Constitucional n.o 711/2020 [em linha]. Processo n.o 173/2020. Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200711.html> [consult. 30 jun. 2022].

Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica. Jornal Oficial da União Europeia, C 384 I [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2019-11-12, p. 1. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.CI.2019.384.01.0001.01.POR&toc=O-J%3AC%3A2019%3A384I%3ATOC>.

Revisitar a Primazia do Direito da União Europeia no Quadro das Relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais - Algumas considerações sobre o Acórdão N.º 422/2020 do Tribunal Constitucional Português ^{1*}

Revisiting the primacy of European Union Law in the context of relations between the Court of Justice of the European Union and the Constitutional Courts – some considerations on the judgment 422/2020 of the Portuguese Constitutional Court

Maria de Fátima Pacheco²

Sumário: 1. Enquadramento da questão; 2. O acórdão n.º 422/20, de 15 de Junho de 2020; 2.1. A origem do recurso para o Tribunal Constitucional; 2.2. A intervenção do Tribunal Constitucional – fundamentação: um percurso sobre as traves-mestras da União europeia; 2.3 A intervenção do Tribunal Constitucional – fundamentação: um percurso sobre o quadro relacional entre a jurisdição constitucional nacional e a jurisdição da União Europeia – uma postura constitucional de amizade; Considerações Finais

Resumo: Partindo do facto irrefutável de que a pertença à União

1 * O presente artigo é resultado da investigação realizada no âmbito do Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights pelo que é cofinanciado pela União Europeia. The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

2 Doutora em Direito da União Europeia pela Universidade Católica (escola de Direito do Porto), Professora Adjunta no ISCAP (Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto – Politécnico do Porto), Investigadora do JUSGOV (Universidade do Minho) e do CEI (ISCAP), Portugal. fatima_pacheco@live.com.pt

Europeia implica limitações à soberania dos seus Estados-membros, e que tal circunstância deu origem à criação de cláusulas europeias nas leis fundamentais de cada um deles, o presente trabalho reflete sobre se a jurisdição constitucional portuguesa, por via da fiscalização concreta da constitucionalidade, poderá aferir da compatibilidade de uma norma de direito derivado relativamente aos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático. Podendo tal questão abrir uma querela sobre a posição hierárquica das constituições nacionais face ao DUE, o Acórdão n.º 422/20, do Tribunal Constitucional, vem apaziguar a tensão aberta pelo Tribunal Constitucional Alemão, na mesma matéria, afirmando que não apreciaria a conformidade de um acto de direito derivado com o princípio constitucional da igualdade (proibição de discriminação), assim reiterando a aceitação do princípio do primado nos termos absolutos firmados pelo Tribunal de Justiça em jurisprudência anterior.

Palavras-chave: Fiscalização concreta da constitucionalidade; princípios fundamentais do Estado de Direito democrático; Primado.

Abstract: Starting from the irrefutable fact that belonging to the European Union implies limitations on the sovereignty of its Member States, and that this circumstance gave rise to the creation of European clauses in the fundamental laws of the Member States, the present work reflects on whether the Portuguese constitutional jurisdiction, through the concrete review of constitutionality, it will be able to assess the compatibility of a rule of secondary law with the fundamental principles of the democratic rule of law. As this question may open a dispute over the hierarchical position of national constitutions in relation to the DUE, the Constitutional Court's ruling n. derived from the constitutional principle of equality (prohibition of discrimination), thus reiterating the acceptance of the principle of primacy in the absolute terms established by the Court of Justice in previous jurisprudence.

Keywords: Concrete inspection of constitutionality; fundamental principles of the democratic rule of law; primacy.

1. Enquadramento da questão

Por força da criação da UE os sistemas jurídicos de cada um dos seus Estados-membros confrontaram-se com a existência de uma nova e autónoma ordem jurídica, neles integrada, com fontes de direito próprias, órgãos legislativos igualmente próprios e independentes, com objetivos específicos a concretizar, e, por consequência, com um sistema de fiscalização jurisdicional igualmente autónomo. Doravante, no espaço interno estadual passaram a coexistir dois ordenamentos jurídicos, duas identidades constitucionais - não hierárquicas - articuladas em função de separadas competências.

Não obstante, é um dado irrefutável que a pertença à União Europeia implica limitações à soberania dos seus Estados-membros. Eis a razão de ser das cláusulas europeias que todas as leis fundamentais tiveram por preocupação introduzir nos textos constitucionais, assim legitimando tais limitações que - à medida que os tratados evoluíam - se foram afirmando cada vez mais extensas.

Da mesma maneira, é um dado há muito adquirido que sempre que o aplicador de direito interno esteja perante um conflito entre a aplicação de uma norma de DUE ou de uma norma nacional a um caso concreto, deve ele - se tal conflito não se resolver por via da interpretação conforme - preferir ou dar prevalência à aplicação da primeira mesmo que a norma nacional a preterir seja de nível constitucional.

É assim porque é da natureza do DUE que ele prime (em absoluto) sobre o direito interno, estando os Estados-membros obrigados a assegurarem tal constatação e a absterem-se de tomar

quaisquer medidas que possam pôr em causa a concretização dos objetivos dos tratados (princípio da cooperação leal).

De uma aparente evidência esta realidade tem levantado algumas controvérsias, que o nosso texto constitucional não esclarece de modo simples, podendo deixar o leitor em franca perturbação, atenta a complexidade do texto da norma de receção de Direito Internacional na república. Na verdade, se o trecho inicial do art. 8.º, n.º 4, nos permite concluir pela imunidade do DUE relativamente à fiscalização de constitucionalidade levada a cabo pelo tribunal constitucional, o seu segundo segmento não é tão esclarecedor.

Cabe, por isso, perguntar se a jurisdição constitucional – qual guardião dos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático no nosso país – poderá aferir da compatibilidade de uma norma de direito derivado relativamente àqueles princípios, tal como a letra do segundo segmento do n.º 4, do art. 8.º da CRP parece autorizar, pois dela não resulta quem é o último árbitro da constitucionalidade naquele tipo de situações.

Sendo certo que a União não pode ultrapassar os limites das suas competências, a questão levantada no parágrafo anterior não é de somenos: sendo o DUE aplicado pelos tribunais internos, e, em concreto, sendo os Regulamentos de aplicação direta na ordem jurídica dos Estados-membros (nos termos definidos pelo DUE), e, dado que os particulares os podem invocar perante as autoridades nacionais, não custaria antever que - num qualquer dia - um particular acabasse por questionar a conformidade de tal norma de direito derivado com um princípio constitucional da república. Como veremos, afinal, tal hipótese acabou por acontecer, obrigando o Tribunal Constitucional a abandonar um discreto silêncio e a “pronunciar-se” sobre se aquele inciso constitucional – introduzido em 2004 - poderia dar azo a um afastamento do primado absoluto do DUE.

Não fique por dizer que o respeito pelo princípio da autonomia do direito da União, em bom rigor, deve implicar que seja lá no Tribunal de Justiça da União Europeia - último guardião do DUE - que se aprecie a validade de tais normas diretamente aplicáveis, sendo que também apenas lá seja o sítio certo para se declarar a sua eventual invalidade, por via do mecanismo do reenvio a título prejudicial³. Ademais, não se tratando de um sistema federal, nunca tal tribunal poderá declarar uma norma interna inválida por contrária a tal ordem jurídica, mas, tão-só, assumi-la como inaplicável.

Ora, pensar em autonomia deve ser também pensar aplicação descentralizada e, inevitavelmente, em cooperação jurisdicional, e pensar em cooperação implica – por sua vez – abandonar as conceções hierárquicas kelsianas, inadequadas que são à compreensão da razão de ser da garantia da unidade e da uniformidade de aplicação do DUE. Neste contexto, deve ser salientado, que nos termos do n.º 3, do art. 6.º do TUE fazem parte do DUE «enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (o sublinhado é nosso)».

Tal constatação, de per si, garante a congruência de valores das duas ordens jurídicas a que nos referimos (internormatividade), valores esses que orientam a atividade interpretativa do TJUE, pacificando assim a aceitação da primazia de aplicação do DUE,

3 Trata-se, como é sabido, do único mecanismo de cooperação judiciária entre o TJUE e os tribunais nacionais. Nas palavras de DAUSES, op. cit., p. 33: «o fundamento e a essência do processo de decisão a título prejudicial é a colaboração construtiva entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça. Esta cooperação reside num diálogo aberto e intenso entre parceiros.», v. MANFRED DAUSES, “Alguns Aspectos do Processo Prejudicial previsto pelo Artigo 177.º do Tratado CEE”, in Revista do Ministério Público, ano 7/86, n.º 26, 1986, p. 33. Para uma abordagem global ao instituto, v. nosso trabalho PACHECO, Fátima «O Reenvio Prejudicial enquanto instrumento de sensibilização dos juizes nacionais no quadro da protecção dos direitos fundamentais», in Cadernos de Direito Atual, es – Universidade de Santiago de Compostela, N.º 5 (2017).

é certo. Por consequência, e no respeito pelo disposto no art. 7.º, n.º 5 e 6 da CRP, não deve o Tribunal Constitucional apreciar a compatibilidade de uma norma de DUE à luz de um princípio do Estado de direito democrático, sempre que tal princípio goze de um valor paramétrico equivalente ao que é assumido pela CRP⁴.

Porém, o segmento do art. 8.º, n.º 4 da nossa lei fundamental, supra transcrito, parece estabelecer um ínfimo contra limite à referida aplicação preferencial, e, por consequência, à competência exclusiva do TJUE⁵ para aferir da validade de uma norma de direito derivado, se dela resultar uma violação dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, núcleo essencial identitário e irredutível da nossa Constituição. Apenas e só nesta hipótese, o que nos parece pouco provável acontecer, se poderá admitir um qualquer pedido de fiscalização concreta de constitucionalidade⁶

4 Defendendo esta posição, v. CANOTILHO, Mariana e PATRÃO, Afonso, in «A admissibilidade dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas de Regulamentos da União Europeia – Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro», Vol. I – Direito Constitucional, 2019, Almedina, p. 22 e 37.

5 Sobre o alcance das jurisdições constitucionais no contexto do diálogo com o TJUE, v. ac. do TJUE de 8/5/2015, Taricco, proc. C-105/14 e ac. de 5/12/2017, M.A.S. e M.B. (Taricco II), proc. C-42/17.

6 A fiscalização da constitucionalidade é feita pela positiva e não pela negativa: fiscaliza-se a constitucionalidade e não a inconstitucionalidade. No direito português, temos vários tipos de inconstitucionalidade, quais sejam: por ação ou omissão; total ou parcial; material, formal ou orgânica; originária ou superveniente. Quanto às circunstâncias em que é suscitada, pode ser abstrata ou concreta; e, quanto ao processo pode ser em via principal ou incidental a propósito de um caso concreto. Os órgãos de fiscalização são o Tribunal Constitucional (TC) e os demais tribunais. O primeiro tem o exclusivo da fiscalização preventiva, da sucessiva abstrata, da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, e ainda do julgamento dos recursos dos outros tribunais em matéria constitucional. Os tribunais comuns decidem das questões de constitucionalidade levantadas nos casos que julgam, sendo as suas decisões recorríveis para o TC. Os efeitos da fiscalização, por sua vez, dependem do tipo de inconstitucionalidade: os acórdãos de julgamento (arts. 204.º e 280.º CRP) referem-se à fiscalização concreta, tratada no texto, difusa ou concentrada – determinando a desaplicação da norma ao caso concreto. Sobre a fiscalização da constitucionalidade em Portugal, v. com especial interesse SILVA LOPES, J. A., & ALVES, D. R. (2017). Sobre a fiscalização da constitucionalidade. Revista Jurídica Portucalense, (21), 354–387. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/10632> e, ainda, SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. Noções de Direito Constitucional e Ciência Política. 4.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2022. ISBN 978-989-5650-47-7. Noções de Direito Constitucional e Ciência Política | Rei dos Livros .

pois aí a salvaguarda daqueles princípios poderia não ser suficientemente garantida pelo DUE, ou seja, garantida de um modo equivalente⁷ àquela que é tutelada no plano constitucional interno.

Esta constatação faz com que de novo se possa colocar a questão que apresentamos inicialmente: poderá o Tribunal Constitucional aferir da constitucionalidade de uma norma constante de um Regulamento da UE (direito derivado), por via da fiscalização concreta, se tal reduto constitucional se apresentar por ele ameaçado, precisamente em nome da salvaguarda daqueles princípios fundamentais?

2. O acórdão n.º 422/20, de 15 de Junho de 2020

Pois a resposta do Tribunal Constitucional à questão que formulamos foi não. Um não fundamentado, extensivamente fundamentado, mas não. Com efeito, no âmbito do exercício da fiscalização concreta da constitucionalidade de normas (art. 277º CRP), o Tribunal Constitucional não tomou conhecimento do recurso «cujo objecto normativo corresponde a uma norma de Direito (derivado) da União Europeia (...) por a concreta questão de constitucionalidade construída em torno da invocada violação do princípio da igualdade não evidenciar um mínimo de correspondência ao segmento final do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição (o sublinhado é nosso)»⁸, reconhecendo – portanto – que o parâmetro ou fundamento de validade de tal norma era o DUE, e não o Direito Constitucional português. Senão vejamos:

2.1. A origem do recurso para o Tribunal Constitucional:

Um exportador de vinhos acionou o Instituto Financeiro da Agricultura e Pescas, I.P. (IFAP) e um banco, alegando que a

⁷ Sobre o conceito de proteção equivalente recorde-se a jurisprudência Solange (enquanto), Maastrich, e o Regulamento Bananas, abordados infra no nosso texto.

⁸ V. XLIV, ponto 1.2 do acórdão em análise (N.º 422/2020).

garantia bancária que prestara (garantia do adiantamento), relativa a uma operação de exportação de vinhos para Angola, estaria extinta e seria abusiva, por parte da IFADP, pelo que pretendia a sua libertação. Tal operação estava prevista no quadro de um Regulamento da União (Regulamento 3665/87 da Comissão, de 27 de Novembro de 1989, e o art. 19.º, n.º 1, al. a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85) que estatuiu sobre restituições à exportação, atribuindo a um exportador para países terceiros um subsídio que correspondia à diferença entre o preço do produto no comércio internacional e o preço do mesmo produto no mercado comunitário (subsídio à exportação). A prestação da garantia seria um requisito da antecipação ao beneficiário de tal restituição ou subsídio, por causa de exportar a um preço mais baixo que o do mercado interno. Em primeira instância o exportador pediu ao IFADP o valor da garantia (exigida devido a irregularidades no processo de exportação) mas a ação foi julgada improcedente, razão pela qual recorreu ao Tribunal da Relação para determinar o momento a partir do qual a garantia prestada deveria considerar-se liberada, deixando de poder ser acionada.

As partes tinham já, em processo pendente, discutido questão análoga e estava ordenado um reenvio prejudicial para o TJUE para a interpretação dos mesmos diplomas (regras comuns de execução do regime de restituições à exportação para produtos agrícolas). No entanto, nova pergunta foi formulada a fim de se determinar o momento a partir do qual se considerava estabelecido o direito à concessão definitiva do montante adiantado, nos termos previstos no art. 19.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão Europeia, pois o exportador – de acordo com o art. 4.º, n.º 1, daquele regulamento - tinha já apresentado os documentos necessários e tinha feito prova do desalfandegamento e introdução dos produtos no país importador.

Segundo o exportador o não pagamento definitivo da restituição após efetivação da exportação ofendia o princípio da igualdade,

consagrado no art. 13.º da CRP, pois a decisão do tribunal a quo implicava «tratar de modo diferente e mais gravoso os exportadores que recorreram a restituições antecipadas, dos que seguiram o regime geral das restituições, perante o mesmo enquadramento legal». Com efeito, verificava-se um regime para os exportadores que solicitavam o pagamento do subsídio (restituição), a partir do momento em que os produtos eram exportados (cfr. artigo 4.º, n.º 1) do Regulamento n.º 3665/87, de 27/11/1987), e outro regime os exportadores que obtinham o pagamento antecipado do subsídio ou restituição, a partir do momento da aceitação da declaração de exportação (ainda antes da mesma exportação se ter efetivado), desde que constituíssem uma garantia de montante igual ao montante desse pagamento acrescido de 15% (cfr. artigo 22.º do mesmo Regulamento n.º 3665/87 de 27/11/1987).

O Tribunal da Relação não procedeu ao reenvio, mas suspendeu a instância até à decisão do TJUE, relativa às questões anteriores. O que aconteceu, tendo o TJUE declarado que «[o] artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, que fixa as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, conforme [foi] alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3403/93 da Comissão, de 10 de dezembro de 1993, deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta (o sublinhado é nosso), mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador, se os outros requisitos para a concessão da restituição, designadamente o requisito da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão,

de 27 de novembro de 1987, que estabelece regras comuns de execução do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1829/94 da Comissão, de 26 de julho de 1994, não estiverem preenchidos». Neste contexto, e em coerência, o Tribunal da Relação confirmou o julgamento em primeira instância, declarando que o tratamento em causa não era atentatório do princípio da igualdade, tal como consagrado no art. 13.º da CRP.

Inconformada, a Autora interpôs recurso de revista (art. 671.º CPC) para o Supremo Tribunal de Justiça que – igualmente - acabou por desatender a impugnação da recorrente nos seguintes termos « Não viola o princípio constitucional da igualdade a interpretação do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador, se os outros requisitos para a concessão da restituição, designadamente o requisito da qualidade são, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, não estiverem preenchidos, fixada pelo TJUE, em reenvio prejudicial e aplicada pelas instâncias nesses precisos termos». Ou seja, tratando-se de uma norma de direito derivado da UE o Supremo resolveu adotar a interpretação fixada pelo TJUE em prévio reenvio relativamente à mesma disposição, assente que estava na mesma questão substancial.

Posto isto, e invocando que o disposto no n.º 4, do art. 8.º da CRP que obriga ao respeito pelos princípios fundamentais do Estado

de direito democrático; que a aceitação do primado não implica que ele não tenha limites; que as normas constitucionais gozam de prevalência absoluta sobre qualquer outra com elas conflituantes; e que o princípio da igualdade é um princípio fundamental do Estado de direito expressamente consagrado no texto constitucional; a Autora decidiu interpor recurso para o Tribunal Constitucional, nos seguintes termos: «(...) A norma cuja inconstitucionalidade se pretende submeter à apreciação do Tribunal Constitucional é o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, na interpretação aderida e aplicada nos presentes autos pelo Tribunal a quo. A Recorrente considera que tal interpretação viola o princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), traduzindo-se num tratamento inadmissivelmente discriminatório da Recorrente (...)», afirmando que não existiria qualquer quadro limitativo da competência do Tribunal Constitucional para o conhecimento de tal recurso, fundado no ar. 280.º, n.º 1, al. b) da CRP.

2.2. A intervenção do Tribunal Constitucional – fundamentação: um percurso sobre as traves-mestras da União europeia

Tratava-se, portanto, na sua essencialidade, «de ver sindicada pelo Tribunal Constitucional uma norma de direito derivado da União, com o sentido interpretativo fixado pelo TJUE, em termos de conformidade (nessa especial feição) ao princípio constitucional da igualdade (proibição de discriminação) plasmado no artigo 13.º da CRP», à luz do trecho final do art. 8.º, n.º 4, da CRP, como já foi referido supra.

Ora, tal questão despoletou uma abordagem às relações entre a ordem jurídica da União e a nacional de uma forma especialmente fecunda, como veremos.

Não fique por dizer que o Tribunal Constitucional afirmou

que a norma do Regulamento tinha adquirido o sentido de ato clarificado, devido a ter havido já pronúncia do TJUE em questão similar⁹, «identificando (a par da de ato claro/acte clair) um pressuposto da exceção à obrigação de reenvio impendente sobre os tribunais nacionais que julguem sem possibilidade de recurso (artigo 267.º, 3.º parágrafo, do TFUE), nos termos estabelecidos no Acórdão Cilfit, de 06/10/1982 (processo n.º 283/81, Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della sanità), no respetivo ponto 13 [onde se lê: “[a] autoridade da interpretação feita pelo [TJUE] em virtude do artigo [267.º TFUE] pode privar a obrigação [de proceder ao reenvio] do elemento que corresponde à respetiva causa, esvaziando de conteúdo essa obrigação; é assim quando, nomeadamente, a questão colocada é materialmente idêntica a uma questão que já tenha sido objeto de uma decisão a título prejudicial num caso análogo [...]”, v., aplicando este entendimento do TJUE, no quadro da incidência da primeira parte do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 328/2018 (cfr. o respetivo item 2.6.1.)]». Não fique por dizer que esta teoria, limitando ou desviando a obrigatoriedade de suscitação dos reenvios prejudiciais¹⁰, aqui do próprio Tribunal Constitucional, pretendeu contribuir para a diminuição de reenvios desnecessários, ainda que lhe seja intrínseca uma certa dificuldade na concretização ou

9 Conforme se pode deduzir do Ac. Da Costa: «Se o artigo 177.º [267.º TFUE], último parágrafo, obriga, sem exceção, os órgãos jurisdicionais nacionais (...) cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso jurisdicional no direito interno a submeter ao Tribunal de Justiça qualquer questão de interpretação suscitada perante eles, pode, porém, acontecer que, por força da interpretação dada pelo Tribunal ao abrigo do artigo 177.º [art. 267.º TFUE], essa obrigação perca a sua razão de ser e fique destituída de conteúdo. Isto acontece, designadamente, quando a questão suscitada é materialmente idêntica a uma questão que foi já objecto de uma decisão a título prejudicial num processo análogo.» (o sublinhado é nosso), tornando-se, portanto, desnecessária para a boa decisão da causa, pois a dúvida do juiz já se encontra esclarecida em caso análogo.

10 Na verdade, gozando os acórdãos do TJUE de eficácia erga omnes, a decisão do TJUE torna-se vinculativa para o Tribunal a quo (que suscitou a questão) e para todos os outros tribunais - inferiores e superiores - de todos os Estados que tenham de decidir questões semelhantes Ou seja, estes acórdãos não produzem efeitos apenas nos processos a que se referem, mas gozam de uma força de “precedente de facto” e do princípio da “autoridade da coisa interpretada” que justifica esta dispensa da obrigatoriedade do reenvio.

preenchimento do que seja “clareza” de um ato, já que é inerente a tal juízo conclusivo uma certa conceção pessoal e circunstancial de difícil apreciação objetiva.

Recordando e analisando exaustivamente o alcance do primado é, igualmente, de saudar a revisitação do conteúdo dos princípios mais identitários do DUE, em particular: o princípio do efeito direto e o princípio da primazia do DUE sobre o Direito dos Estados-membros¹¹, ambas construções jurisprudenciais, relativamente às quais os tratados têm permanecido omissos, mas que permitiram «nas palavras de Sofia Oliveira Pais, “[...] o nascimento de uma ordem jurídica nova, distinta da dos Estados-membros, dotada de autonomia e características próprias”¹². De facto, “[...] o carácter intencionalmente vago dos Tratados e a relativa rigidez das regras de revisão, ligados à natureza intrinsecamente evolutiva do processo de integração europeia, levaram o Tribunal a interpretar, desenvolver e aprofundar os Tratados e, desse modo, contribuir de forma decisiva para a elaboração e sedimentação progressivas da Ordem Jurídica das Comunidades Europeias e,

11 Ac. de 5/2/1963, Van Gend en Loos, proc. n.º 26/62; Ac. de 15/7/1964, Costa c. ENEL, proc. 6/64; Ac. de 17/12/1970, Internationale Handelsgesellschaft, proc. 11/70, onde estava em causa um pedido de decisão prejudicial a propósito da avaliação da conformidade de Regulamentos agrícolas com direitos fundamentais previstos na Constituição de Bona, em concreto, o respeito pelo princípio da proporcionalidade e da liberdade económica. Os Regulamentos implicavam a obtenção prévia de uma licença, que obrigava um exportador de cereais a depositar uma caução não reembolsável no caso de a exportação não se realizar nos termos do licenciamento. O Tribunal considerou que o regime de cauções não violava nenhum direito que devesse salvaguardar. Neste processo, seriam apreciados atos institucionais tendo em conta os direitos fundamentais enquanto parte integrante do conteúdo material dos princípios gerais de direito que o Tribunal dizia garantir, ressaltando-se que tal garantia se devia assegurar à luz do âmbito e objetivos da comunidade, e não do direito nacional. Aproveitando para sublinhar a jurisprudência Costa Enel, que consagrava o primado do direito comunitário e a limitação definitiva de soberania dos Estados-membros pelos tratados, o Tribunal salientou que o recurso às regras de direito nacional, enquanto referência de validade dos atos institucionais punha em causa a base jurídica do Direito Comunitário, pelo que a invocação de violações daqueles direitos, ainda que de fonte constitucional, não poderia afectar a validade ou a eficácia de uma norma ou de um acto comunitário, assim defendendo o primado absoluto.

12 Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial, Sofia Oliveira Pais (coord.), reimpressão da 3.ª ed., Coimbra, 2018, p. 9.

posteriormente, da União Europeia. Bom exemplo disso é o facto de princípios fundamentais do Direito da União Europeia serem de criação pretoriana” (Ana Maria Guerra Martins, Manual de Direito da União Europeia, Coimbra, 2012, pp. 485/486) (...)»¹³, originando um fecundo processo para a constitucionalização dos mesmos, bem como permitindo ao TJUE assumir o seu papel de tribunal supremo da União¹⁴.

Relembrando que a eficácia desta nova ordem jurídica – no seu “espaço existencial” - poderia ficar comprometida se uma lei nacional (mesmo de natureza constitucional)¹⁵ contraditória prevalecesse sobre ela¹⁶, o Tribunal Constitucional recorda-nos que cabe apenas ao TJUE determinar o alcance do primado, através dos seus acórdãos, sublinhando a «funcionalidade existencial do

13 Ponto 2.3.2. do Ac. N.º 422/2020.

14 Neste sentido, v. TRIDIMAS, Takis, «The Court Of Justice Of The European Union», in Oxford Principles Of European Union Law, Vol. I (The European Union Legal Order), Robert Schütze, Takis Tridimas (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 582.

15 FRAGOSO, Patrícia, O Princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-membros, Principia, Cascais, 2005, p. 180; e «Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 1970, Processo 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel», in Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial, SOFIA PAIS, Sofia (coordenação), Coimbra: Almedina, 2011, 37-56.

16 Invocando a decisão Frontini (Sentença n.º 183/1973, de 18/12/1973) que estabeleceu a doutrina dos contralimites, nos seguintes termos: Pretendeu o Tribunal [Constitucional italiano] que, nas situações de conflito entre normas nacionais e as normas comunitárias, a norma mais recente prevaleceria sobre a mais antiga, independentemente da origem dessas normas. Significava isto que a Itália, e particularmente o Parlamento italiano, não estaria limitado pelas normas Comunitárias: poderia sempre aprovar uma lei contrária ao Direito Comunitário, que esta não deixaria de prevalecer na ordem interna italiana. O Tribunal foi ao ponto de afirmar que a Itália poderia até deixar de pertencer à Comunidade Europeia através de um simples ato do Parlamento nesse sentido. Claro que, escolhendo assim proceder, poderia ser responsabilizada ao nível internacional por violação do Tratado. Todavia, do ponto de vista constitucional, não estava proibida de o fazer. Obviamente que este entendimento era inaceitável para a Comunidade, posto que, se todos os Parlamentos nacionais (ou mesmo um só deles) dispusessem do poder de fazer descaço das normas comunitárias, o poder normativo da Comunidade seria esvaziado, tornando-se inútil. (o sublinhado é nosso). Sobre o tema v. DUARTE, Maria Luísa e ALVES, Pedro Delgado, União Europeia e Jurisprudência constitucional dos Estados Membros, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, pp. 197 e ss.

DUE» que tão bem Pierre Pescatore soube exprimir,¹⁷ reiterando a existência de uma nova ordem jurídica autónoma e própria criada pelos tratados.

De saudar, da mesma maneira, a forma pela qual o Tribunal Constitucional assume o primado quando afirma que não deve o mesmo ser identificado como algo de superior hierarquicamente, típico dos sistemas federais, mas sim como algo fundado numa preeminência ou primazia da norma da União, sempre que se verifique um concurso aparente de normas, «válidas nos seus próprios termos para o seu domínio próprio», sem com isso se permitir a sindicância dos atos legislativos dos Estados-membros, por parte do TJUE. Assim sendo, o guardião da constitucionalidade em Portugal não hesita afirmar que apenas tal prioridade aplicativa poderá garantir a efetividade e uniformidade desta nova ordem jurídica, porquanto «“[...] não [pressupõe] uma relação típica de infra e supraordenação entre normas [, não valendo] como exigência de prevalência hierárquica [: a] norma eurocomunitária prevalece sobre a norma interna não porque lhe seja superior, mas porque é materialmente competente para regular o litígio concreto. [...]» (o sublinhado é nosso). [A] relação entre o Direito da União Europeia e os Direitos dos Estados-membros constrói-se com base no princípio da competência atribuída (o sublinhado é nosso) e por referência ao princípio da colaboração ou da complementaridade funcional entre ordenamentos autónomos” (Maria Luísa Duarte, Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI, 2.^a reimpressão, Lisboa, 2019, p. 339).»¹⁸, sem esquecer de sublinhar que a aplicação concreta desta construção inovadora no Direito Internacional incumbe aos tribunais nacionais.

Não se alcança, todavia, da mais valia que pretendeu obter a propósito do seu percurso sobre alguns dos processos de incumprimento previstos nos tratados (art.s 258.º a 260.º do TFUE e

17 Falando numa “reestruturação das soberanias, v. PESCATORE, Pierre, L'ordre juridique des communautés européennes, ed. Bruylant, Bruxelas, 2006, p. 221.

18 V. ponto 2.3.2.1. do Ac. N.º 422/2020 do Tribunal Constitucional.

art. 7.º do TUE), embora se louve a apresentação da jurisprudência mais impactante proferida a propósito dos valores centrais da União¹⁹, registando-se – contudo - a ausência de referência ao Ac. Melloni²⁰ e Fransson²¹, para ilustrar a extraordinária força expansiva do DUE face à concepção de um princípio da repartição de competências, excessivamente rígido.

O Tribunal Constitucional, no acórdão em análise, recorda e sublinha a importância do Ac. *Handelsgesellschaft* (no seguimento do ac. *Costa Enel*), onde o Tribunal salienta os princípios da autonomia e do primado absoluto do direito comunitário, asseverando que nem mesmo uma norma de direito constitucional poderia ser invocada como seu obstáculo. Nesse acórdão, reiterando que a validade dos atos institucionais não podia apreciar-se à luz das normas constitucionais, acrescentaria que os direitos fundamentais seriam protegidos passando a fazer parte integrante dos princípios gerais de direito, identificando as “tradições constitucionais comuns,” como fonte dos princípios gerais de direito cuja observância lhe cabia assegurar.

Ora, também aqui o Tribunal Constitucional, na sua fundamentação, evoca com rigor o impacto deste último acórdão na formulação do Ac. *Solange I*, de 1974, onde «o *Bundesverfassungsgericht* – empregando uma formulação que se tornaria clássica na abordagem da relação da ordem jurídica comunitária com a ordem constitucional alemã – que, enquanto (*Solange*) a Comunidade Europeia não propiciasse um nível

19 V. ponto 2.3.2.2., in fine

20 Sublinhando que a eficácia de uma Decisão-Quadro não poderia ficar à mercê das regras nacionais invocadas por um Estado-membro Ac. de 26/2/2013, Melloni, proc. C-399/2011. Vale a pena transcrever o seu par. 58, onde o TJUE afirmaria que: «(...) essa interpretação do artigo 53.º da Carta viola o princípio do primado do direito da União, na medida em que permite a um Estado Membro obstar à aplicação de atos do direito da União plenamente conformes à Carta, se não respeitarem os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado».

21 Elaborando uma proposta clara sobre o que se deve entender por “aplicação do direito da União pelos Estados-membros”, v. com especial interesse as Conclusões de 12/6/2012, do Advogado-Geral CRUZ VILLALÓN, *Åklagaren c. Hans Åkerberg, Fransson*, proc. C-617/10.

de proteção dos direitos fundamentais equivalente ao da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional não poderia aceitar uma projeção do princípio do primado nos termos absolutos afirmados pelo Tribunal de Justiça, já que daí resultaria uma alienação, sem credencial constitucional, de um elemento identitário essencial da Lei Fundamental de Bona, a proteção dos direitos fundamentais com o exato nível propiciado pelo controlo exercido na jurisdição constitucional alemã²²». Por consequência deste acórdão, o tribunal constitucional alemão considerou-se competente para declarar uma disposição de direito comunitário inaplicável pelas autoridades administrativas ou pelos órgãos jurisdicionais da República Federal da Alemanha se ela ofendesse um direito fundamental garantido pela Lei Fundamental – e, em termos mais genéricos, quando ela afetasse «a estrutura fundamental da Constituição, que confere a esta a sua identidade».» Invertendo a sua posição inicial, como é sabido, a decisão Solange II²³ vem afirmar que o TJUE já assegurava uma proteção suficiente e efetiva daqueles direitos aos seus titulares, equiparável à garantida pela Alemanha. Pelo que “enquanto” tal proteção se mostrasse equiparável ou “equivalente” à exigida pela lei fundamental o tribunal constitucional alemão renunciaria a fiscalizar os atos comunitários normativos que serviriam de base aos atos internos da sua execução, autolimitando o seu poder de controlo da constitucionalidade do direito comunitário derivado, não fiscalizando tal direito pelo parâmetro de conformidade da sua lei fundamental. Nesta decisão - cuja questão principal era aferir da competência do tribunal alemão para apreciar a compatibilidade do direito comunitário derivado com a constituição - o BvG considerou que os poderes da Comunidade encontram o seu fundamento jurídico nas próprias constituições dos Estados de Direito

22 V. ponto 2.4 do Ac. N.º 422/2020, em análise.

23 Decisão do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 22 de outubro de 1986, «Solange II», 73 BverfGe 339. Para uma abordagem pormenorizada neste domínio v. BROHMER, Jurgen; CLAUSPETER HILL (eds) 60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court, Berlin/Ampang; Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 772 ss.

democrático, e que o então art. 177.º TCE investia o Tribunal como “juiz legal,” na aceção constitucional alemã, evolução no sentido do primado absoluto a que o nosso Tribunal Constitucional – por força do acórdão em análise – parece aderir, e relativamente à qual o nosso texto constitucional parece também ter sofrido influência.

Recordando ainda o caso Bananas²⁴ (e, posteriormente o caso Maastricht²⁵, Lisboa²⁶) o Tribunal Constitucional não deixa de recordar que «“[...] que o meio processual para proteção de direitos fundamentais [o recurso de queixa constitucional] podia, mas só podia, ser admitido se viesse acompanhado da alegação

24 Decisão do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal, de 7/6/2000, onde o Tribunal Constitucional Alemão vem esclarecer que só face a uma diminuição do nível geral de proteção dos direitos fundamentais garantido pelo TJCE, justificaria a sua intervenção no controlo de conformidade de atos jurídicos comunitários, (Regulamentos), face aos direitos constantes do quadro constitucional alemão, assim partindo do critério de proteção equivalente, abstendo-se de controlar a sua constitucionalidade. Apenas a conclusão de que a proteção outorgada pelo TJUE resultaria comparativamente inferior ao nível oferecido internamente justificaria a sua intervenção.

25 Decisão BVerfG 89, 155, traduzida in Direito e Justiça, 1994, Vol. VIII, Tomo 2, pp. 263 ss, revela o contributo da jurisprudência alemã no quadro das relações entre o Direito Constitucional e o direito da União, considerando infundados os respetivos recursos constitucionais e declarando a compatibilidade do TUE com a constituição alemã, assim permitindo a ratificação do Tratado de Maastricht, é certo, ainda que se tenha permitido apreciar a constitucionalidade da lei de aprovação nacional (fonte de validade dos tratados europeus na ordem jurídica alemã) do Tratado da União Europeia. De referir que o Tribunal Constitucional Alemão se declarou competente para verificar se a União e os seus órgãos dão ou não cumprimento aos limites fixados nos na lei de aprovação, ou seja se praticam actos ultra vires, aproveitando para censurar o déficit democrático do sistema da União, a operar pela via dos parlamentos nacionais, chamando a atenção para a circunstância de serem eles próprios – por via do funcionamento do princípio da subsidiariedade – a limitar a extensão de competências da UE. Sobre este acórdão v. com muito interesse DUARTE, Maria Luísa e ALVES, Pedro Delgado, União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados-membros. Lisboa: AAFDL, 2006.

26 Decisão BvE 2/08 de 30 de Junho de 2009, cuja propositura tinha suspenso a ratificação do Tratado de Lisboa e onde o Tribunal Constitucional Alemão volta a afirmar os limites da “identidade constitucional” e a possibilidade do controlo nacional dos actos ultra vires, e onde, igualmente, aproveita para caracterizar a UE como uma associação de Estados soberanos, que exerce a autoridade pública por força dos tratados e relativamente à qual os cidadãos são os sujeitos de legitimação democrática, ficando vedado à União a sua própria determinação de competências. Para um percurso rápido sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão v. BATISTA, Elizangela Divina Dias, «difícil relação do Tribunal Constitucional Federal Alemão com o Tribunal de Justiça da União Europeia», in A Proteção multinível dos Direitos Humanos – estudos sobre diálogo judicial, MARTINS, Ana Maria Guerra (coord) AADDL, 2019, p.154.

de que o Tribunal de Justiça europeu não estaria a assegurar o nível exigível de tutela dos direitos fundamentais” (Miguel Galvão Teles, “Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa”, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no Centenário do seu Nascimento, vol. II, Lisboa, 2006, p. 301)»,)», pelo que reiterando a jurisprudência Solange II, alerta para a imensa importância do princípio da cooperação leal (art. 4.º, n.º 3 TUE), para obviar a situações potencialmente conflituosas, ainda que surgidas no âmbito de uma “coabitação” de um “espaço comum de variáveis geometrias”, onde coexistem duas ordens jurídicas em interação constante.

Prosseguindo na sua exposição sobre o alcance do primado no que concerne à determinação das relações entre as ordens jurídicas nacional e da União, o Tribunal Constitucional refere ainda a importância da jurisprudência Mecanarte²⁷ que estabeleceu que «[u]m órgão jurisdicional nacional, ao qual tenha sido submetido um litígio relativo ao direito comunitário, e que verifique a inconstitucionalidade de uma disposição nacional (o sublinhado é nosso), não se encontra privado da faculdade ou dispensado da obrigação, previstas no artigo [267.º TFUE], de submeter ao Tribunal de Justiça questões relativas à interpretação ou à validade do direito comunitário pelo facto de esta verificação estar sujeita a recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional. [...]», e a Lucchini²⁸ e Taricco²⁹ acórdãos fundamentais para ilustrar situações de impasse entre a ordem jurídica da União com jurisdições constitucionais nacionais, onde o TJUE revelou a preocupação de concordar com a existência de «espaços intangíveis à projecção absoluta do

27 Ac. de 27/6/91, Mecanarte c. Chefe do Serviço da Conferência Final da Alfândega do Porto, proc. n.º C-348/89.

28 Ac de 18/07/2007, Lucchini, proc. n.º C-119/05.

29 Reiterando a obrigação, para o juiz nacional, de não aplicar disposição de direito interno que viole as obrigações impostas aos Estados Membros pelo direito da União, v. Ac. de 8/9/2015, Ivo Taricco, proc.C-105/2014

primado», tentando assim esbater polos de conflitualidade com aquelas jurisdições.

2.3 A intervenção do Tribunal Constitucional – fundamentação: um percurso sobre o quadro relacional entre a jurisdição constitucional nacional e a jurisdição da União Europeia – uma postura constitucional de amizade

A existência de uma pluralidade de fontes constitucionais, pode dar origem a conflitos potenciais entre várias ordens constitucionais, conflitos esses cuja resolução assenta, num modelo não-hierárquico, é certo. Ora, se o art. 8.º, n.º 4 da CRP – conjuntamente e em complementaridade com o compromisso ilustrado pelo seu art. 7.º, n.º 5 e 6 – permitem receber implicitamente a essência do primado³⁰ no seu «sentido funcional», relativamente ao direito infraconstitucional, o seu inciso final «(...) com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático» – parece consubstanciar uma limitação, um verdadeiro contra limite à sua restrição, que permite esbater tal primazia no que toca a um último reduto da soberania, como já foi afirmado.

Com efeito, o Tribunal Constitucional refere a existência de uma espécie de «consentimento informado», aderindo à visão de uma União Europeia como uma união de Estados, para a qual se transferiram parte dos direitos de soberania, cujo fundamento não pode deixar de ser «a decisão dos Estados-membros de convencionarem o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União de competências de que são titulares soberanos.», não deixando de frisar que a União apenas dispõe dos poderes necessários para atingir os objectivos que foram estabelecidos pelos próprios Estados-membros nos tratados.

____ Ora, é um dado que o Tribunal Constitucional afirma que

30 Para uma visão das várias revisões constitucionais suscitadas pela evolução dos tratados, v. PACHECO, Fátima, e AMORIM, José de Campos – Manual de Direito Internacional – do direito clássico ao contemporâneo, Almedina, 2020.

«a mensagem normativa contida no artigo 8.º, n.º 4, da CRP, de exclusão de um controlo regular da constitucionalidade do DUE aplicável em território português, valem as asserções seguintes, invariavelmente sublinhadas pela nossa Doutrina: “[...] o Direito da UE não pode ser declarado inconstitucional nem desaplicado por alegada inconstitucionalidade ou por qualquer tipo de desconformidade com normas de direito interno (leis orgânicas, etc.). Nem o Tribunal Constitucional nem os demais tribunais podem julgar sobre a conformidade das suas normas com a Constituição ou outro instrumento de direito interno. Sob esse ponto de vista, a primazia do direito da UE traduz-se na sua imunidade face ao sistema constitucional de fiscalização da constitucionalidade e da «legalidade reforçada». A norma do art. 8.º-4 implica, portanto, uma derrogação das normas constitucionais de garantia da Constituição em relação ao direito comunitário, não valendo para este a norma do art. 277.º-1 da CRP (o sublinhado é nosso), segundo a qual «são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou nos princípios nela consignados». [...]” (J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, CRP. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, cit., p. 270).».

Porém, no que se refere aos limites constitucionais, o Tribunal traça uma fronteira, reclamando um espaço próprio onde afirma incidir sobre si a competência das competências em matérias jurídico-constitucionais, em nome da defesa da «identidade constitucional da República» ou do «núcleo identitário nacional», aí não cabendo ao TJUE assegurar um controlo «funcionalmente equivalente».

Nesse exercício o nosso guardião da constitucionalidade acaba por estabelecer um critério comparativo e operacional de valores paramétricos para lhe permitir uma «aferição diferenciada» da sua competência de controlo, afirmando que « sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de Direito democrático que, no

âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico funcionalmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional não aprecia a compatibilidade daquela com esta última, devendo proferir uma decisão de abstenção do conhecimento (o sublinhado é nosso)». Pensamos, aliás, que reside aqui a originalidade deste acórdão do Tribunal Constitucional ao referir-se à existência de uma espécie de filtro que lhe permite estabelecer a sua jurisdição autónoma do DUE.

Após tal exercício o Tribunal Constitucional conclui pela inexistência de violação do princípio da igualdade, por valerem como equivalentes os arts. 18.º e 19.º do TFUE e 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e porque, nos termos do art. 51.º daquele catálogo de direitos fundamentais, tal situação se situar no campo de aplicação do DUE³¹, não se verificando qualquer discriminação arbitrária. Mais acrescenta que «corresponderia a um tratamento diferente – admitindo que há realmente tratamento diferente dos dois grupos de exportadores apoiados – que pudéssemos qualificar, por ausência de uma base de justificação objetiva, como arbitrário. Isso, aliás, há que pressupor ter sido intuído – desde logo pela natureza evidente da situação – na fixação do sentido do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, pelo TJUE, no Acórdão A. Lda. c. Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP, de 11/12/2014, ora visado pela recorrente».

O Tribunal Constitucional considerou-se dispensado de reenviar para o TJUE a questão para esclarecimento do sentido ou para pronúncia sobre a validade do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, «na interpretação que (já) lhe foi fixada pelo referido órgão jurisdicional, quanto ao princípio da igualdade: seria descabido, que este Tribunal questionasse o TJUE sobre a incidência desse princípio na interpretação subjacente

31 Sobre o tema v. PACHECO, Fátima «Do âmbito de aplicação...» op. cit, vasta jurisprudência e doutrina lá referida, em especial o Ac. do TJUE de 26/02/2013, Åkerberg Fransson, proc. C-617/10.

ao Acórdão A., quando isso é evidente e significaria solicitar a “interpretação” da interpretação já efetuada», abrigando-se na jurisprudência CILFIT (supra referida).

Porém, e com o devido respeito, talvez o Tribunal Constitucional devesse ter centrado na jurisprudência Foto-Frost³², que fixa a obrigatoriedade de suscitar a questão prejudicial relativamente a todos os tribunais nacionais, no que concerne à apreciação de validade (não interpretação) dos atos da União, pois o que estava em causa era aferir da validade de uma norma de um Regulamento contestada à luz da Constituição portuguesa.

Segundo o Tribunal Constitucional o argumento aduzido pela recorrente não bastava para preencher o inciso final do n.º 4 do Artigo 8.º da CRP, acusando-o de «notória inconsistência», por referência à identidade constitucional da República. Por essa razão, viria esclarecer que o princípio da igualdade, tal como está tutelado pela ordem jurídica da União, reflete um valor paramétrico materialmente equivalente (ideia de interpenetração dos valores fundamentais) ao que é reconhecido na lei fundamental portuguesa. Pelo que sendo tal princípio funcionalmente assegurado pelo TJUE, deveria o Tribunal Constitucional abster-se de apreciar a compatibilidade da norma com a Constituição portuguesa. O que aconteceu.

32 O ac. do TJUE de 22.10.87, Foto-frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost, proc. 314/85, Col. 1987, reafirmado pelo ac. Zuckerfabrik e Nailsea, veio estabelecer uma segunda exceção à faculdade de reenvio, esclarecendo qual o “âmbito da obrigação de suscitação” da questão de apreciação de validade. Apesar do art. 267.º do TFUE não distinguir, para efeitos da obrigatoriedade de reenvio, uma questão de interpretação de uma questão de validade, quando os órgãos jurisdicionais nacionais (de qualquer instância) tiverem sérias dúvidas sobre a validade de uma norma europeia aplicável no caso concreto e se tenderem para a sua invalidade, aí são obrigados a reenviar! Já se considerarem o ato como válido estão os mesmos libertos de tal obrigação! Nas palavras do Tribunal «confrontado com uma questão de apreciação de validade de um acto comunitário, o juiz nacional (...) pode resolvê-la ele próprio, dispensando-se de a submeter ao TJ, se considerar que deve julgar válido o acto impugnado; mas, (...) é obrigado a proceder ao reenvio (o sublinhado é nosso) sempre que, em seu entender, a resolução da questão possa implicar a declaração da invalidade do acto em causa» (n.ºs 14 e 15).

2.4. A intervenção do Tribunal Constitucional – Decisão

«Em face do exposto, decide o Tribunal Constitucional não tomar conhecimento do recurso interposto por A1, Lda.».

3. Considerações finais

Vejamos, pois, quais as considerações finais que podemos retirar da nossa reflexão:

1 - Com a institucionalização da UE os sistemas jurídicos de cada um dos seus Estados-membros confrontam-se com a existência de uma nova e autónoma ordem jurídica, neles integrada, com fontes de direito próprias, órgãos legislativos igualmente próprios e independentes, com objetivos específicos a concretizar, e, por consequência, com um sistema de fiscalização jurisdicional igualmente autónoma. No espaço interno estadual passaram, portanto, a coexistir dois ordenamentos jurídicos e duas identidades constitucionais.

2 - Neste contexto, sempre que o aplicador de direito interno estivesse perante um conflito entre a aplicação de uma norma de DUE ou de uma norma nacional a um caso concreto, deveria - não se resolvendo tal conflito por via da interpretação conforme - dar prevalência à aplicação da primeira mesmo que a norma nacional a preterir fosse de nível constitucional. E, como afirmamos, assim era - e assim o deve ser - porque é da natureza do DUE que ele prevaleça sobre o direito interno, estando os Estados-membros obrigados a assegurarem isso mesmo e a absterem-se de tomar quaisquer medidas que possam pôr em causa a concretização dos objetivos dos tratados.

3 - Perante tal realidade as leis fundamentais tiveram por preocupação introduzir nos seus textos, cláusulas europeias que cuidassem da receção e legitimação do funcionamento de tal ordem jurídica, tão específica.

4 - Ora, atenta a forma como a CRP trata de tal problema (arts. 8.º e 7.º, n.º 5 e 6) o nosso trabalho consistiu num exercício de reflexão sobre se a jurisdição constitucional – qual guardião dos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático no nosso país – poderia aferir da compatibilidade de uma norma de direito derivado relativamente àqueles princípios, pois do texto da nossa lei fundamental claramente não resulta quem é o último árbitro da constitucionalidade naquele tipo de situações.

5 - Não fique por dizer que só em Portugal se experimenta este tipo de perplexidades, uma vez que o guardião da constitucionalidade na Alemanha, em acórdão recente, tinha fiscalizado a validade de atos de DUE e a própria substância de um acórdão interpretativo do TJUE, fiscalização essa que à luz dos princípios que regem o relacionamento do DUE com o direito interno, não deveria ter acontecido.

6 - Ora, num clima em que a Europa experimenta graves crises políticas e humanitárias, e anunciando-se árduos tempos de mudança de paradigmas, ultimados pelas consequências da invasão russa contra a Ucrânia, a nova querela sobre a posição hierárquica das constituições nacionais face ao DUE, poderia debilitar os fundamentos da integração europeia. Com efeito, o acórdão alemão ressuscitou a questão do alcance e limites do primado e da

aplicação uniforme do DUE e do próprio funcionamento do sistema judicial da União, querela a que a Comissão Europeia não foi indiferente ameaçando a Alemanha com ação de incumprimento.

7 - Foi neste contexto que a análise do acórdão N.º 422/2020, do Tribunal Constitucional, se revelou de uma imensa necessidade, bem como foi neste contexto que verificamos – agradados - que o seu conteúdo não andou a par do seu homólogo alemão. Recordando a autonomia e especificidade da ordem jurídica da União, bem como a congruência de valores das duas ordens jurídicas a que nos referimos, o acórdão do tribunal constitucional português - suscitado por um recorrente que solicitava a apreciação da conformidade constitucional do DUE, no quadro do art. 8.º, n.º 4 da CRP - veio pacificar a aceitação da primazia de aplicação do DUE.

8 - Por consequência, após uma densa exposição sobre as traves-mestras do DUE, cuja fundamentação se analisa ao longo do nosso texto, e, no respeito pelo disposto nos arts. 8.º, n.º 4 e 7.º, n.º 5 e 6 da CRP, o Tribunal Constitucional acabou por afirmar que não deveria apreciar a compatibilidade de uma norma de DUE - art. 19.º, n.º 1, al. a), do Regulamento (CEE) N.º 2220/85 da Comissão, de 22 de Junho de 1985 - à luz de um princípio do Estado de direito democrático português, previsto na CRP, sempre que tal princípio gozasse de um valor paramétrico funcionalmente equivalente ao que é por ela assumido.

9 – Deste modo, ainda que nos distanciemos de alguma fundamentação a propósito do “ato claro” apresentada pelo nosso guardião da constitucionalidade,

10 – Não queremos deixar de subscrever e concordar com a sua decisão de abstenção de apreciação da compatibilidade daquela norma com a CRP, o que implica que se sublinhe que deve ser lá, no Tribunal de Justiça da União Europeia, último guardião do DUE, que se aprecie a validade de tais normas diretamente aplicáveis nos Estados-membros.

Referências Bibliográficas

BATISTA, Elizangela Divina Dias, « A difícil relação do Tribunal Constitucional Federal Alemão com o Tribunal de Justiça da União Europeia», in A Protecção multinível dos Direitos Humanos – estudos sobre diálogo judicial, in MARTINS, Ana Maria Guerra (coord) AADDL, 2019, p.154.

BROHMER, Jurgen, in CLAUSPETER HILL (eds) 60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court, Berlim/ Ampang; Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 772 ss.

CANOTILHO, Mariana e PATRÃO, Afonso, in «A admissibilidade dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas de Regulamentos da União Europeia – Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro», Vol. I – Direito Constitucional, 2019, Almedina, p. 22 e 37

CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende; OLIVEIRA, Suzana Massako Hirama Loreto de. O efeito direto horizontal das diretivas e o tribunal de justiça da união europeia. Cadernos de Dereito Actual, 15 (Número ordinário 2021), 233-253. [consult. 2 de março de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3604>

DUARTE, Maria Luísa e ALVES, Pedro Delgado, União Europeia e Jurisprudência constitucional dos Estados Membros, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006., pp. 197 e ss.

DUARTE, Maria Luísa «O Tratado da União Europeia e a Garantia da

Constituição», in Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, vol. II, 2006, pp. 9-73.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 395;

FRAGOSO, Patrícia, O Princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-membros, Principia, Cascais, 2005, p. 180;

MANFRED DAUSES, “Alguns Aspectos do Processo Prejudicial previsto pelo Artigo 177.º do Tratado CEE”, Revista do Ministério Público, ano 7/86, n.º 26, 1986.

MARTINS, Patrícia Fragoso - «Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 1970, Processo 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel», in Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial, SOFIA PAIS (coord.), Coimbra: Almedina, 2011, pp. 72-87.

PACHECO, FÁTIMA “O Reenvio Prejudicial enquanto instrumento de sensibilização dos juízes nacionais no quadro da protecção dos direitos fundamentais”, in Cadernos de Direito Atual, es – Universidade de Santiago de Compostela, N.º 5 (2017), Número extraordinário sobre Derecho Actual. pp. 349-363

PACHECO, Fátima e SOARES, Agostinho, “Entre o reconhecimento mútuo e os direitos fundamentais: as respostas recentes do Tribunal de Justiça da União europeia quanto à inexecução facultativa do Mandado de Detenção Europeu- Um novo e atribulado caminho na cooperação internacional?”, in Revista Julgar, n.º 39

PACHECO, Fátima e ALVES, Dora Resende. The new paths of fundamental rights in the XXI century: globalization and knowledge in a digital age - a proposal In Constitutional Knowledge and Its Impact on Citizenship Exercise in a Networked Society. Ana Melro and Lidia Oliveira (org.). IGI Global, 2019. |

PACHECO, Fátima, «Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos

Fundamentais da União Europeia: em que situações estão os Estados-membros vinculados às suas disposições?» *Revista Jurídica Portucalense*, (30), 2021, p.89–129.

PACHECO, Fátima e Amorim, José de Campos – *Manual de Direito Internacional – do direito clássico ao contemporâneo*, Almedina, 2020.

PALMA, Maria João Breves notas sobre a Invocação das normas das directivas comunitárias perante os tribunais nacionais, 2.^a reimpressão, ACFDL, 2002.

PAIS, Sofia Oliveira. (coord) *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial*, reimpressão da 3.^a ed., Coimbra, 2018, p. 9

PESCATORE, Pierre, *L'ordre juridique des communautés européennes*, ed. Bruylant, Bruxelas, 2006, p. 221

SILVA, Miguel Moura, *Jurisprudência, Questões e Notas, Tomo I – Direito Institucional e Ordem Jurídica Comunitária*, 2002, p. 29.

SILVA LOPES, J. A., & ALVES, D. R. (2017). Sobre a fiscalização da constitucionalidade. *Revista Jurídica Portucalense*, (21), 354–387. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/10632>

SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. 4.^a edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2022. ISBN 978-989-5650-47-7. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política | Rei dos Livros*.

TELES, Miguel Galvão, *Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das comunidades europeias – em particular sobre o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa*”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 319.

TRIDIMAS, Takis, «The Court Of Justice Of The European Union», in *Oxford Principles Of European Union Law, Vol. I (The European Union Legal Order)*, Robert Schütze, Takis Tridimas (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 582

Comparação entre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia

Comparison between the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union

Natan Oliveira de Souza¹

Sumário: 1. Aspectos gerais dos Direitos Humanos; 2. Tabela comparativa entre os Tribunais.

1. Aspectos gerais dos Direitos Humanos

Após a Liga das Nações Unidas criar um espaço de debate, entre os vencedores e perdedores da Primeira Guerra Mundial, de modo a evitar novos conflitos, a história relatou a Segunda Guerra Mundial em que registrou uma das maiores atrocidades contra a humanidade que resultou em milhares de mortes, demonstrando a mais elevada desconsideração com a vida humana. Desse modo, a comunidade internacional procurou mecanismos para manter a paz mundial e impossibilitar que episódios relatados nas guerras voltassem a se repetir.

Assim sendo, em 1945, criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU), pactuadas pelas nações por intermédio da Carta das Nações Unidas com a finalidade de manter a segurança e paz, em âmbito global, e fomentar a cooperação para a proteção dos Direitos Humanos e a liberdade a todos.

Consequentemente, para que os Direitos Humanos pudessem proteger a todos, independentemente de raça, religião, posição

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT). Rio de Janeiro, Brasil. natan_dd@hotmail.com.

social, sexo ou língua, a Comissão dos Direitos Humanos elaborou uma proposta para se obter uma norma internacional que garantisse a defesa desses direitos. Após ser apresentado na Assembleia Geral da ONU e amplamente debatido, a ONU reconheceu a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), dando maior eficiência para a defesa em casos de violações dos Direitos Humanos.

Entretanto, por ser um documento meramente declaratória aos Estados signatários, a comunidade internacional empenhou-se para produzir novas normas que vinculassem os países pactuados a salvaguardar a dignidade humana de seus cidadãos. Dessa maneira, em 1977, por meio da Resolução n.º A/RES/32/127, a ONU incentivou que a defesa dos Direitos Humanos pudesse ser protegida não apenas em âmbito internacional, mas também por um sistema regional com a finalidade de resguardar os direitos com base nas necessidades de cada região.

O sistema regional europeu de proteção aos Direitos Humanos que se demonstrou o maior e mais efetivo sistema de atuação em prol da defesa dos direitos básicos do homem. Assim sendo, averigua-se que o continente europeu apresenta três esferas jurisdicionais distintas e cooperativas entre si. Em âmbito nacional, pode-se mencionar os tribunais pertencentes a cada país da Europa em que segue o rito processual e a defesa dos direitos, conforme estabelecido nos ordenamentos jurídicos internos. Ainda há o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que se apresenta como tribunal internacional do continente europeu e, por fim, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que abarca em sua jurisdição apenas aos Estados integrantes à União Europeia.



No que tange o TEDH, o velho continente angariou um enorme progresso na proteção dos Direitos Humanos por intermédio da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que com o advento do Protocolo n.º 11, abrangeu a competência e jurisdição do respectivo tribunal as questões relativas à interpretação, à aplicação da Convenção e dos protocolos, além de vincular os

países signatários da CEDH, obrigando-os a respeitar as decisões da Corte e efetivar a proteção dos Direitos Humanos a seus cidadãos.

Por sua vez, o TJUE obteve a missão de velar para que o direito europeu fosse interpretado e aplicado a todos de forma igualitária, além de o fazer respeitar pelos Estados-membros e instituições. Desse modo, o Tratado da União Europeia estabeleceu em seu dispositivo a estrutura do TJUE, firmando em sua composição o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas e os Tribunais especializados.

Todavia, apesar do TEDH e o TJUE atuarem no continente europeu em prol dos Direitos Humanos dos cidadãos, ambos apresentam distinções em diversos aspectos. Sendo assim, o presente trabalho irá expor uma tabela comparativa entre ambos os tribunais para que, de forma dinâmica, seja demonstrada as diferenças existentes.

2. Tabela comparativa entre os Tribunais

	TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
SIGLA	TEDH	TJUE
VISÃO PANORÂMICA DOS ESTADOS-MEMBROS	<p>FIGURA 1 HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS</p>  <p>Fonte: https://www.timetoast.com/timelines/historia-de-los-derechos-humanos-63f97ae1-c71e-4c66-a1ee-fe00631c2a26</p>	<p>FIGURA 2 L'UE COME ATTORE GLOBALE?</p>  <p>Fonte: http://www.europainmovimento.eu/europa/l-ue-come-attore-globale.html</p>
PREVISÃO LEGAL	<p>Artigo 19.º ao 51.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).</p>	<p>Artigo 19.º do Tratado da União Europeia (TUE), artigos 251.º a 281.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), artigo 136.º do Tratado Euratom e <u>Protocolo n.º 3 anexo aos Tratados relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir designado por «o Estatuto»); Regulamento (UE</u></p>

		<u>Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que altera o Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia; Orçamento da UE (Secção 4)¹.</u>
CRIAÇÃO	<p>Deu-se origem através da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).</p> <p>Inicialmente, o Tribunal era dividido em dois órgãos: Comissão Europeia de Direitos Humanos e Tribunal dos Direitos do Homem.</p> <p>Com advento do Protocolo n.º 11, em 1998, ocorreu uma fusão, criando o atual TEDH².</p>	<p>Deu-se origem com o Tratado de Paris que culminou na criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA).</p> <p>Inicialmente, a Corte era denominada como Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.</p> <p>Posteriormente, com o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado de Amsterdão é que se estruturou o tribunal como é conhecido atualmente, TJUE.</p>
SEDE	ESTRASBURGO	LUXEMBURGO
	Ratificar que os direitos e garantias definidos pela CEDH	Velar para que a aplicação e a interpretação do direito europeu sejam

¹ UNIÃO EUROPEIA. *Fichas técnicas sobre a União Europeia: Tribunal de Justiça da União Europeia* [em linha]. Luxemburgo, 2021 [consult. 02 de out. de 2021]. Disponível em: https://www.europa.europa.eu/fin/pdfs/pt/TJU_139.pdf

² FIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019. ISBN: 9788553610181.

<p>MISSÃO DOS TRIBUNAIS</p>	<p>estão sendo cumpridos e respeitados pelos Estados vinculados a Convenção³.</p>	<p>da mesma forma em todos os países que integram a União Europeia e os façam respeitar as normas⁴.</p> <p>Salienta-se que os valores da UE se baseiam nas evoluções advindas dos: Tratados da CECA, CEE, EURATOM, Tratado de Lisboa e CDFUE.</p>
<p>PAÍSES MEMBROS</p>	<p>47 países</p> <p>Albânia, Andorra, Armênia, Áustria, <u>Azerbaijão</u>, Bélgica, <u>Bósnia e Herzegovina</u>, Bulgária, <u>Croácia</u>, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, <u>Estônia</u>, Finlândia, França, <u>Geórgia</u>, Alemanha, <u>Grécia</u>, <u>Hungria</u>, <u>Islândia</u>, <u>Irlanda</u>, Itália, Látvia, <u>Liechtenstein</u>, <u>Lituânia</u>, Luxemburgo, <u>Malta</u>, Mônaco, Montenegro, Países Baixos, Macedónia, Noruega, <u>Polónia</u>, <u>Portugal</u>, República da <u>Moldávia</u>, <u>Roménia</u>, Federação</p>	<p>27 países</p> <p>Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Alemanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Croácia, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Áustria, Polónia, Portugal, Roménia, Eslovénia, Eslováquia, Espanha, República Tcheca, Suécia.</p>

³ CONSELHO DA EUROPA. *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: passado e presente* [sem data]. Estrasburgo [consult. 28 de set. De 2021]. Disponível em: https://www.coe.int/t/Domestic/Comit%C3%A9s_Auxiliares_FOD_pt.pdf

⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)* [sem data]. Luxemburgo, 2020 [consult. 02 de out. de 2021]. Disponível em: https://ec.europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt

	Russa, São Marino, <u>Sérvia</u> , República Eslovaca, <u>Esl</u> <u>ovénia</u> , <u>Espanha</u> , <u>Suécia</u> , <u>Suíça</u> , <u>Turquia</u> , Ucrânia e Reino Unido ⁵ .	
COMPOSIÇÃO	<p>Artigo 26, da CEDH:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Tribunal singular: um juiz singular; 2. Comitês: três juízes; 3. Secções: sete juízes; 4. Tribunal pleno: dezessete juízes⁶. 	<p>Artigo 19, do TUE:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Tribunal de Justiça: um juiz de cada país da UE e 11 advogados-gerais; 2. Tribunal Geral: dois juízes por cada país da UE; 3. Tribunais especializados⁷.
MEMBROS DO TRIBUNAL	<p>O artigo 20, da CEDH, estabelece que: “O Tribunal compõe-se de um número de juízes igual ao número de Altas Partes Contratantes”⁸.</p> <p>Portanto, atualmente, a Corte é composta por 47 juízes, ou seja, um por cada Estado Parte.</p>	<p>O Tribunal da Justiça é composto por 27 juízes e 11 advogados-gerais e o Tribunal Geral totaliza 56 juízes.</p>

⁵ CONSELHO DA EUROPA. *O Conselho da Europa os seus Estados-Membros* [em linha]. França: 2021 [consult. 29 de set. de 2021]. Disponível em: <https://www.coe.int/tq/urh/about-us/our-members-states>.

⁶ CONSELHO DA EUROPA. *Conselho Europeu dos Direitos de Homem* [em linha]. Roma: Conselho da Europa, 1950 [consult. 29 de set. de 2021]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/execution_por.pdf.

⁷ UNIÃO EUROPEIA. *ref. 4*

⁸ CONSELHO DA EUROPA. *ref. 6*.

<p>COMPETÊNCIA</p>	<p>Consoante o artigo 32, da CEDH, poderá ser:</p> <p>1. Consultiva: positivado nos artigos 47 e 48, da CEDH, refere-se a emissão de pareceres acerca de questões relacionadas a interpretação da CEDH.</p> <p>2. Contenciosa: positivado no artigo 46, da CEDH, estabelece a força vinculativa e executiva das sentenças para que os Estados signatários respeitem as decisões proferidas pela Corte.</p>	<p>O artigo 19, do TUE, estabelece que o tribunal é competente para decidir os recursos interpostos por Estados-membros, instituições, pessoas singulares ou coletivas. Ademais, em título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais para interpretação do direito da União ou validade dos atos adotados pela instituição⁹.</p> <p>O Artigo 270, do TFUE, ainda estabelece que a Corte é competente para decidir sobre todo e qualquer litígio entre a União e seus agentes. Além, de decidir sobre diferendo entre os Estados-membros, conforme o artigo 273, do TFUE¹⁰.</p> <p>Salienta-se que o Tribunal de Justiça, que compõe a Corte, apresenta a competência Consultiva, quando emite parecer demonstrando a compatibilidade com os tratados assinados e a competência Contenciosa, quando o tribunal é chamado para se manifestar acerca de violações aos Direitos Fundamentais, consagrados na CDFUE.</p>
---------------------------	--	---

⁹ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia (versão consolidada)* [sem link]. Maastricht: EUR-Lex, Jornal Oficial da União Europeia n.º C 202/13, 2016 [consult: 03 de out. de 2021]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/neso/lex/html/uri?uri=celex:9e8d52e1-2e70-11e6-b497-01aa75ea71ad_0012_01/DOC_2A&format=PDF.

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada)* [sem link]. Jornal Oficial da União Europeia n.º C 202/47, 2016 [consult: 03 de out. de 2021]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/neso/lex/html/uri?uri=celex:9e8d52e1-2e70-11e6-b497-01aa75ea71ad_0012_01/DOC_2A&format=PDF.

<p>JURISDIÇÃO</p>	<p>Países membros do Conselho da Europa, tendo âmbito jurisdicional Internacional. O tribunal julga causas relacionadas as matérias de Direitos Humanos do continente europeu.</p>	<p>Países da União Europeia, tendo âmbito jurisdicional supranacional. Assim, julga causas relativas ao direito da União Europeia.</p>
<p>LEGITIMADOS ATIVOS</p>	<p>Artigo 33, da CEDH:</p> <p>Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante.</p> <p>Artigo 34, da CEDH:</p> <p>Qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Estado Parte dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos¹¹.</p>	<p>Artigo 19, do TUE:</p> <p>Qualquer cidadão ou empresa que tiver o direito lesado com uma ação ou omissão de uma instituição europeia ou do respetivo pessoal. Podendo ocorrer de duas formas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Indiretamente- através dos tribunais nacionais, os quais podem remeter o caso para o TJUE. 2. Diretamente-encaminhado para o Tribunal Geral quando uma decisão de uma instituição europeia afetou o cidadão de forma direta e individual¹². <p>Artigo 259, do TFUE:</p> <p>Qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro</p>

¹¹ CONSELHO DA EUROPA. ref 6.

¹² UNIÃO EUROPEIA. ref 4.

		<p>Estado-Membro não cumpriu nenhuma das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados.</p> <p>Artigo 263, do TFUE:</p> <p>Tribunal de Contas, pelo Banco Central Europeu e pelo Comité das Regiões com objetivo de salvaguardar as prerrogativas¹³.</p>
<p>LEGITIMADOS PASSIVOS</p>	<p>Artigo 34, da CEDH:</p> <p>Qualquer Alta Parte Contratante em caso de ação (ato) ou omissão dos direitos reconhecidos na CEDH e nos protocolos¹⁴.</p>	<p>Artigo 263, do TFUE:</p> <p>Conselho, Comissão e o Banco Central Europeu, quando praticam atos legislativos que não sejam recomendações ou pareceres, além do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu quando seus atos obtiverem a finalidade de produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. E por fim, os órgãos ou organismos da União quando seus atos são destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros¹⁵.</p>
	<p>As condições para a admissibilidade estão previstas no artigo 35, da CEDH:</p>	<p>Artigo 265, do TFUE:</p>

¹³ UNIÃO EUROPEIA, *art. 10*

¹⁴ CONSELHO DA EUROPA, *art. 4*

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA, *art. 10*

<p style="text-align: center;">ADMISSIBILIDADE</p>	<p>1. Do conhecimento: A petição individual tem que ter a identificação da vítima e não poderá ter petição idêntica a outras já analisadas pelo próprio tribunal ou em qualquer instância internacional, de inquérito ou de decisão sem novos fatos.</p> <p>2. Da inadmissibilidade:</p> <p>a) Para casos em que as Petições individuais forem incompatíveis com os dispostos na CEDH e os Protocolos, será manifestamente infundada ou de carácter abusivo;</p> <p>b) Situações em que o Autor da petição não sofre prejuízos significativos, exceto se a CEDH e os Protocolos exigir apreciação da petição quanto ao fundo¹⁶.</p> <p>Os protocolos n.º 14 e 15 alteraram os critérios de julgamento do tribunal.</p>	<p>Havendo violação dos Tratados, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão ou o Banco Central Europeu, órgãos e organismos da União se absterem de pronunciar, poderá os Estados-membros ou outras instituições da União poderão recorrer ao Tribunal.</p> <p>Assim sendo, o Tribunal fará um juízo de admissibilidade para verificar se o órgão ou organismo foi convidado a agir¹⁷.</p>
	<p>O andamento do processo ocorrerá da seguinte forma:</p> <p>1. Admissibilidade da queixa pelo tribunal, devendo satisfazer as condições determinadas pela CEDH. Em se tratando de mais de</p>	<p>Artigo 20, do Estatuto do TJUE:</p> <p>O tribunal é composto por duas jurisdições. Dessa forma, o andamento do processo ocorrerá da seguinte forma:</p>

¹⁶ CONSELHO DA EUROPA. *art. 6*

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. *art. 10*

<p style="text-align: center;">FUNCIONAMENTO</p>	<p>uma violação, o tribunal poderá declarar uma ou várias admissíveis e rejeitar as demais;</p> <p>2. Nos casos de inadmissibilidade, da queixa ou de uma das violações, a decisão será definitiva e irrevogável;</p> <p>3. Sendo admissível a petição ou uma das queixas, o tribunal fomentará o acordo amigável entre as partes. Na falta do êxito, o tribunal procederá à apreciação da queixa quanto ao «fundo», assim decidirá se ocorreu ou não a violação da CEDH¹⁹.</p>	<p>1. Tribunal de Justiça: Designa-se um juiz relator e um advogado geral, tendo duas fases</p> <p>a) Fase escrita: As partes encaminham as declarações ao Tribunal. Posteriormente, o juiz-relator designa o número de juizes que julgarão o processo, conforme a importância e complexidade do caso;</p> <p>b) Fase oral: Os advogados das partes apresentam suas alegações aos juizes e ao advogado-geral, que emitem um parecer quando necessário. Os juizes deliberam e pronunciam a sentença.</p> <p>2. Tribunal Geral: o processamento ocorre de forma similar ao Tribunal de Justiça, exceto na questão em que o processo é entregue a três juizes e não há intervenção do advogado-geral¹⁹.</p>
<p style="text-align: center;">INTERVENÇÕES PROCESSUAIS</p>	<p>O artigo 36, da CEDH, admite intervenção de terceiros das seguintes formas²⁰:</p> <p>1. Nos assuntos pendentes numa secção ou tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da nacionalidade da vítima poderá formular observações por escrito ou participar das audiências;</p> <p>2. O presidente do tribunal poderá convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou outras partes interessadas para apresentar observações</p>	<p>O artigo 252, do TFUE, admite intervenção do advogado-geral que deve apresentar publicamente, com toda imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre causas que, o Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, requeira intervenção²¹.</p> <p>Ademais, ainda é permitido a intervenção aos Estados-membros e as instituições da União, bem como os órgãos, organismos da União e qualquer pessoa que demonstre interesse na</p>

*** CONSELHO DA EUROPA. art. 2**

UNIÃO EUROPEIA. art. 4.

**** CONSELHO DA EUROPA. art. 6.**

✱ UNIÃO EUROPEIA. art. 12

	<p>por escrito ou participar das audiências;</p> <p>3. O comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito ou participar das audiências, em assuntos pendentes na secção ou no tribunal.</p>	<p>resolução da causa, conforme o artigo 40, do Estatuto do TJUE²².</p>
<p>PRAZO PARA JULGAMENTO</p>	<p>Duração de, em média, um ano para que o Tribunal prolate a primeira apreciação da queixa.</p> <p>No entanto, mesmo prazo não ocorrerá para as queixas classificadas como urgentes, pois nesses casos há ameaça de perigo iminente para a integridade física do requerente²³.</p>	<p>A duração do processo dependerá da complexidade do caso. No entanto, segundo o panorama anual de 2020, relatou que a média dos julgamentos processuais foram de 15,4 meses²⁴, ou seja, um pouco mais de 1 ano e 03 meses.</p>
<p>EXECUÇÃO DAS DECISÕES</p>	<p>Artigo 46, da CEDH:</p> <p>Após sentença definitiva, o tribunal encaminhará ao Comité de Ministros para velar pela execução, ou seja, a responsabilidade de executar as decisões prolatadas é do Comité de Ministros, o qual é composto</p>	<p>Artigo 260, do TFUE:</p> <p>Observado que o Estado-membro não cumpria com as obrigações por força dos Tratados, o Tribunal poderá exigir a execução do acórdão da Corte. Caso a Comissão averigüe o descumprimento pelo país, haverá a condenação ao pagamento de</p>

²² UNIÃO EUROPEIA. *Verão conselheiro de Estado de Tribunal de Justiça da União Europeia* [sem final]. Luxemburgo: 2019 [consult. 04 de outubro de 2021]. Disponível em: <https://www.europa.eu/press/updates/docs/applications/tjue/2016-08/tza-dire-ut-div-c-2010-2016-20160284-c5-DC.pdf?text=C%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20da%20CEEA%20e%20o%20presente%20Estado>.

²³ CONSELHO DA EUROPA. *art. 2*.

²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Processos de Acção Relativa anual 2020* [sem final]. Luxemburgo: Direcção de comunicação, 2021 [consult. 04 de out. de 2021]. ISBN 978-92-829-3590-3. Disponível em: doi:10.2862/121201.

	<p>pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados-membros ou por seus representantes²⁵.</p>	<p>uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária²⁶.</p>
<p>RELAÇÃO COM O TRIBUNAL NACIONAL</p>	<p>Deverá haver o esgotamento de todos os recursos internos, do Estado em questão, para solucionar o objeto da queixa. A partir da data da decisão interna definitiva, a vítima terá o prazo de 06 meses para apresentar a queixa ao tribunal, caso contrário, a Corte não poderá aceitá-la²⁷.</p>	<p>A Corte atua em colaboração com os tribunais nacionais que, na figura do juiz, quando se deparar com litígio envolvendo direito da União, pode, e por vezes deve, submeter a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça para exercer sua função de interpretar os dispositivos de direito da União ou Fiscalizar a respectiva legalidade²⁸.</p>
<p>SÍTIO INTERNET DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS</p>	<p>https://hudoc.echr.coe.int/eng#(f%22documentcollectionid%22-P%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22)}</p>	<p>https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/</p>

²⁵ CONSELHO DA EUROPA. *art. 2*.

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. *art. 10*.

²⁷ CONSELHO DA EUROPA. *art. 2*.

²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça [em linha]. Luxembourg [consult. 04 de out. De 2021]. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/#/ui/guia/decisoes. Acesso em: 04 de outubro de 2021.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem [em linha]. Roma: Conselho da Europa, 1950 [consult. 29 de set. de 2021]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

CONSELHO DA EUROPA. O Conselho da Europa em resumo: Estados-Membros [em linha]. França: 2021 [consult. 29 de set. de 2021]. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/our-member-states>.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: perguntas e respostas [em linha]. Estrasburgo [consult. 29 de set. De 2021]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Questions_Answers_POR.pdf.

LEONE, Mario. L'UE come attore globale? [em linha]. Europa in movimento: 2021 [consult. 05 de out. De 2021]. Disponível em: <http://www.europainmovimento.eu/europa/l-ue-come-attore-globale.html>.

ORTEGA, Jessica. Historia de los derechos humanos [em linha]. Timeline: 2020 [consult. 05 de out. de 2021]. Disponível em: <https://www.timetoast.com/timelines/historia-de-los-derechos-humanos-63f97ac1-c71e-4c66-a1ee-fe00631c2a26>.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019. ISBN: 9788553610181.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Panorama do Ano: Relatório anual 2020 [em linha]. Luxemburgo: Direção de comunicação, 2021 [consult. 04 de out. de 2021]. ISBN 978-92-829-3590-3. Disponível em: doi:10.2862/121201.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça [em linha]. Luxemburgo [consult. 04 de out. De 2021]. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/#jurisprudences.

UNIÃO EUROPEIA. Fichas técnicas sobre a União Europeia: Tribunal de Justiça da União Europeia [em linha]. Luxemburgo, 2021 [consult. 02 de out. de 2021]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_1.3.9.pdf.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada) [em linha]. Jornal Oficial da União Europeia n C 202/47, 2016 [consult. 03 de out. de 2021]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) [em linha]. Luxemburgo, 2020 [consult. 02 de out. de 2021]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt.

UNIÃO EUROPEIA. Versão consolidada do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia [em linha]. Luxemburgo: 2019 [consult. 04 de outubro de 2021]. Disponível em: [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20da,CEEA\)%20e%20do%20presente%20Estatuto](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20da,CEEA)%20e%20do%20presente%20Estatuto).

A supranacionalidade na ordem institucional da União Europeia

Supranationality in the institutional order of the European Union

Leonardo César Volpe Navarro¹

Renato Vieira Vilarinho²

Sumário: 1. Introdução; 2. Formação histórico-política da União Europeia até a criação do euro; 2.1 Das tensões nacionais ao pós-guerra; 2.2. Do pós-guerra à unificação da moeda; 3. A supranacionalidade da ordem jurídica europeia; 3.1. A união europeia como organização supranacional; 3.2. Ordem jurídica supranacional da União Europeia; 3.3. O que são soberanias compartilhadas?; 4. Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo, fruto da cadeira de mestrado Contencioso Comunitário do 2º Ciclo na área de Especialização em Ciências Jurídico Políticas, parte do Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights, tem como objetivo principal dissertar sobre a natureza jurídica e institucional da União Europeia (UE). Para a concretização de tanto, exploraremos alguns pressupostos teóricos do Direito Comunitário, ou seja, partiremos do questionamento de como as estruturas organizacionais da União Europeia operam por meio

1 Mestrando em Ciências Jurídicas e Políticas na Universidade Portucalense (UPT). Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (PUC-PR), especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). E-mail: leonardo.cvnnavarro@gmail.com

2 Mestrando em Ciências Jurídicas e Políticas na Universidade Portucalense (UPT). Advogado e Servidor Público Federal, graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF). E-mail: renato.vilarinho84@gmail.com

de um sistema de supranacionalidade. Pretendemos, com efeito, oferecer um bom panorama sobre como a União Europeia (UE) sucede em criar uma organização política supranacional a partir da ideia de cooperação econômica, jurídica e governamental. Por meio de pesquisa bibliográfica, analisamos a formação histórico-política da União Europeia (UE) até a criação do euro, abordando das tensões ao pós-guerra e deste à unificação da moeda. Em sequência, adentra-se a supranacionalidade da União Europeia (UE), investigando sua soberania compartilhada. A justificativa para este trabalho é o interesse que ainda desperta a constituição do projeto europeu e a tendência de a supranacionalidade se tornar o modelo operativo em outras partes do mundo, como os blocos econômicos eurasiáticos, o Mercosul, entre outros. Esperamos, por fim, que este artigo possa servir de referência e material de pesquisa por outros estudantes, pesquisadores, em sala de aula por professores, na área de graduação ou mesmo pós-graduação.

Palavras-chave: União Europeia; Direito Comunitário; Direito Internacional.

Abstract: This article, the result of the Master's chair in Community Litigation of the 2nd Cycle in the area of Specialization in Legal and Political Sciences, and the Módulo Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights, has as main objective to discuss the legal and institutional nature of the European Union (EU). To achieve this, we will explore some theoretical assumptions of Community Law, that is, we will start by questioning how the organizational structures of the European Union operate through a system of supranationality. In fact, we intend to offer a good overview of how the European Union (EU) succeeds in creating a supranational political organization based on the idea of economic, legal and governmental cooperation. Through bibliographic research, we analyze the historical-political formation of the European Union (EU) until the creation of the euro,

addressing the post-war tensions and from this to the unification of the currency. In sequence, the supranationality of the European Union (EU) is entered, investigating its shared sovereignty. The justification for this work is the interest that still arouses the constitution of the European project and the tendency of supranationality to become the operative model in other parts of the world, such as the Eurasian economic blocks, Mercosur, among others. Finally, we hope that this article can serve as a reference and research material for other students, researchers, in the classroom for professors, in the undergraduate or even postgraduate area.

Keywords: European Union; Community Law; International Law.

1. Introdução

Pretendemos, com este trabalho, realizar uma breve dissertação sobre as estruturas formais e institucionais da ordem jurídica presente na União Europeia, através de seu modelo de soberania compartilhada, além de uma breve explanação – de caráter introdutório e formativo – sobre alguns dos aspectos mais relevantes da construção histórica do projeto europeu de supranacionalidade.

O objetivo central e mais geral deste trabalho é o de identificar o caráter eminentemente supranacional dos órgãos que compõem a ordem política e jurídica da União Europeia – sem antes realizar uma dissecação de sua burocracia, mas de seus pressupostos teóricos.

Como objetivos mais específicos, temos: (I) a apresentação de um panorama da formação história da União Europeia, em dois períodos bem definidos, isto é, do primeiro projeto imperialista romano às ideias de unificação no pós-guerra e o estabelecimento posterior dos tratados que compõem e dão existência às comunidades internacionais até o estabelecimento do Euro; (II) uma breve argumentação de como a União Europeia

se configura enquanto organização supranacional, e não mera organização internacional de tipo clássico nem uma federação no sentido estrito da palavra; (III) uma conceituação e uma definição de supranacionalidade; (IV) por fim, uma breve dissertação sobre o modelo de técnica de governo das soberanias compartilhadas, com alguns exemplos retirados das legislações constitucionais dos Estados-membros.

Este trabalho justifica-se pelo interesse que ainda suscita a constituição do projeto Europeu e a tendência de a supranacionalidade se tornar o modelo operativo em outras partes do mundo, como os blocos econômicos eurásianos, o Mercosul, entre outros.

O método utilizado neste trabalho é o de revisão bibliográfica, através da compulsão dos trabalhos acadêmicos mais recentes e mais relevantes para a compreensão dos assuntos de que trataremos, além de algumas curtas revisões legislativas, que serão dadas à guisa de exemplo no decorrer do trabalho.

2. Formação histórico-política da União Europeia até a criação do euro

2.1. Das tensões nacionais ao pós-guerra

A ideia de uma comunidade europeia, centrada em uma identidade mais ou menos compartilhada dos povos que ocupam esses territórios, certamente não é recente. O continente europeu unificado e centralizado por um poder político de extensão e natureza eminentemente panorâmicos já era o projeto do antigo Império Romano que, tendo seu ramo ocidental podado, se fragmentou em pequenas unidades, legando a esses territórios a alternativa de uma ligação estreita somente através de um sistema de valores cristãos – tanto metafísicos quanto morais –, e a língua, que adquiriu o status de idioma franco: o latim dos seus juriconsultos, poetas e

cidadãos³.

Ademais, a única força institucional que talvez pudesse fazer as vezes de autoridade transnacional era o clero da Igreja Romana, subsumido no prelado Papal – mas era uma internacionalidade ainda muito difusa, que se viu ser substituída, ao fim da Idade Média, cada vez mais pela figura do Estado-nação, principalmente após os eventos das guerras religiosas do século XVII, no período conhecido como a “a paz de Vestfália”⁴.

Scott⁵ destaca que o Estado-nação fundamentou-se nas ideias de soberania e vontade popular, saídas da pena de pensadores como Marsílio de Pádua e Maquiavel e encontrando seu pleno desenvolvimento em Jean Bodin e Thomas Hobbes (e, claro, realizando-se concretamente com os eventos que culminam na Revolução Francesa), havendo concentrado em si o dever e o direito de administração de caráter burocrático e institucional da governança, em nível também internacional. A ideia de uma unificação europeia começa, portanto, com o compartilhamento das funções e dos deveres desses Estados nacionais – e os rumores de uma coalizão continental tornam-se mais audíveis a partir da metade do século XIX.

Alguns eventos desse período podem ser destacados como colaboradores dessa empreitada: a unificação dos territórios italianos em 1831, por Manzini (que pregava já uma coligação de tipo federalista europeu); a fundação de inúmeros movimentos filhos do romantismo literário, como os fundados por Vitor Hugo, na França; o projeto napoleônico, de caráter imperialista, mas também filho dos movimentos do romantismo filosófico que inspirou a Europa toda à sua codificação legal; a preocupação gerada pela guerra franco-prussiana, conforme o que destaca Seitenfus⁶.

3 CAMPOS, J. Manual de Direito Comunitário. Editora Fundação Calouste Gilbekian, Lisboa, 2002, p.20-23.

4 CAMPOS, 2002, p.24.

5 SCOTT, J. “Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union”. European Law Journal, Vol 8, n.01, Blackwell, Oxford, 2002, p.05-07.

6 CAMPOS, op. cit., p.230-233.

Eric Hobsbawn⁷ evidencia que essas ideias de unificação e coalização acabaram sendo frustradas pelas inúmeras catástrofes sobrevindas no limiar do século XX, até quase o fim de sua segunda metade – a Primeira Guerra Mundial escancarou as terríveis consequências do agigantamento das pretensões dos Estados nacionais, e a Segunda Grande Guerra exacerbou todos os males do totalitarismo nacionalista: trata-se de um período obscuro, em que o cosmopolitismo europeu não parecia sequer viável.

Ora, já ao fim da Primeira Guerra, o frustrado movimento Pan-europeu tinha entre os seus defensores o primeiro-ministro inglês Wiston Churchill e o ministro de Negócios Estrangeiros francês Aristides Briand – que avistavam já a possibilidade de um tipo de federalismo continental da Europa ocidental⁸. Churchill, inclusive, volta a afirmar ao fim da Segunda Guerra Mundial, com um continente fraturado, que haveria de existir, para que se evitasse nova catástrofe, a união dos Estados europeus – projeto esse que encontrou, a partir das reuniões do Congresso de Haia, ambiente favorável, fosse na ideia de uma verdadeira Federação de Estados, fosse num paradigma de íntima cooperação entre núcleos políticos soberanos⁹.

Azevedo Neto, esclarece que «Vários fatores políticos podem ser mencionados como impulsionadores do movimento de integração europeu. Pode-se mencionar o início da Guerra Fria, no final da década de 1940, que incentivou os Estados Unidos a encorajarem o avanço Europeu; o plano Marshall, que entra em vigor, investigo na reconstrução da Europa através da Organização Europeia de Cooperação Econômica; em principalmente, o estabelecimento da República Federativa Alemã»¹⁰.

7 SCOTT, J. “Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union”. op. cit., 2002, p.05-07.

8 SCOTT, 2002, p. 04-05.

9 CAMPOS, 2002, p. 33-37.

10 NETO, Álvaro de Oliveira Azevedo. Constitucionalismo Transnacional: o sistema constitucional da União Europeia e o funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia como corte constitucional. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. p.50-51.

É, portanto, com o fim da Segunda Guerra que esforços de integração em uma comunidade europeia começam a tomar concretude real, e organizações que intentam realizar essa integração institucional começam a surgir. Exploremos, portanto, esse período, até o momento em que se estabelecem os grandes tratados de unificação europeia, a centralização da moeda e o estabelecimento de uma verdadeira União Europeia.

2.2. Das tensões nacionais ao pós-guerra

Após o estabelecimento da Organização Europeia de Cooperação Econômica, é estabelecido o plano Schumann, com o objetivo central de determinar razoáveis relações de produção de carvão e de aço na França e na Alemanha, sob a direção de uma Alta Autoridade europeia – voltada para evitar futuros conflitos franco-alemães.

Scott indica que, a partir do plano Schumann, é assinado o Tratado de Paris, que cria a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, em que dois estados soberanos, em ato inédito, deliberadamente entregam parte de seu poder decisório soberano a uma autoridade – a Alta Autoridade, órgão distinto e independente dos Estados-membros, encarregado de gerir a produção e o sistema de preços da exploração do carvão e do aço¹¹.

A criação de um mercado comum europeu entre os membros da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço é impulsionado pelo Relatório Spaal, e os Tratados de Roma são assinados em 1956. Dessa maneira, também são criadas a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica, com o seu mercado comum, estabelecendo o livre comércio de bens, mão de obra e capital, sem taxas de caráter alfandegário, a qual é composta de quatro órgãos: um tribunal de justiça europeu, um conselho, uma assembleia e uma comissão – com suas competências respectivas de policiar as relações comerciais e garantir o cumprimento das

11 SCOTT, op. cit., p. 06-07

disposições dos tratados, com jurisdição independente à dos Estados-membros; o direcionamento político desse bloco de mercado único; representação parlamentar e defesa dos interesses de agregação e coalização entre os Estados-membros¹². O Tribunal e a Assembleia eram compartilhados pelas três comunidades supracitadas, destaca-se. O Ato Único Europeu é assinado em 1986, para a criação de um Mercado Interno, a partir do ano de 1993 – que estabelece a formação do Conselho Europeu, que existia de fato desde os Tratados de Roma e a criação do CECA¹³.

Ao que tudo indicava, o Ato Único Europeu de fato estabeleceria um tipo de legislação comunal europeia, e ideias de uma uniformização monetária e econômica começam a aparecer nos anos 1990. Mesmo com a resistência de certos membros, como a Inglaterra, o direito comunitário europeu já legislava e regulava cerca de 80% das matérias legais referentes à economia, de acordo com Chalmers¹⁴.

O Tratado da União Europeia, na década de 1990, é o fator que estabelece a Europa como uma unidade político-econômica, a qual se «funda-se nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente tratado (artigo primeiro)» e que tem como objetivos centrais, de acordo com o seu segundo artigo: <<- a promoção de um progresso econômico e social equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão econômica e social e o estabelecimento de uma União Econômica e Monetária, que incluirá, a prazo, a adopção de uma moeda única, de acordo com as disposições do presente Tratado; a afirmação da sua identidade na cena internacional, nomeadamente através da execução de uma política externa e de segurança comum, que inclua a definição, a prazo, de uma política de defesa comum, que

12 SCOTT, 2002, p.17-19.

13 ACCIOLY, Elizabeth. Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional. Juruá, Curitiba, 2010, p. 55.

14 CHALMERS, D. et al. European Union Law. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2006, p.21-24.

poderá conduzir, no momento próprio, a uma defesa comum; o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-membros, mediante a instituição de uma cidadania da União; o desenvolvimento de uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos [...]».¹⁵

Assim, temos o projeto político europeu como se encontra até os nossos dias. Não se pode deixar de destacar que outros eventos históricos iriam ajudar a moldar a face do território geopolítico europeu, como o debacle da União Soviética, a recente saída do Reino Unido da comunidade europeia, com o Brexit, e a expectativa (de temor, majoritariamente) dos resultados da contemporânea guerra entre e Rússia e Ucrânia.

De acordo com Azevedo Neto, quando do estabelecimento do tratado de Lisboa, em 1992, que determina que «qualquer Estado europeu que atingisse determinadas metas e funda-se seu governo em princípios democráticos poderia requisitar seu ingresso na União Européia»¹⁶, com o fim do bloco Soviético e a consequente mudança do texto constitucional de tais países, tem-se o nosso estado de coisas presente.

Os atuais requerimentos para o estabelecimento da adesão de um Estado-membro na União Europeia, trazidos pelo Tratado de Lisboa, tornam excepcionalmente clara a noção de supranacionalidade em que a União Europeia hoje se configura, ao exigirem, entre outras coisas: a capacidade de incorporar um ajuste de instituições, para que sejam objeto da legislação da União, e a coadunação dos sistemas jurídicos políticos para a transferência de poder soberano do Estado-membro. Para Azevedo Neto¹⁷, isso indica que a real estrutura política da União Europeia é

15 UNIÃO EUROPEIA. Tratado que Institui a Comunidade Europeia (versão compilada). Jornal Oficial N C 325 de 25 de Dezembro de 2002 [em linha]. Disponível em <http://www.europa.eu.int> AMORIM, João Pacheco de. A Constituição Económica Portuguesa Enquadramento dogmático e princípios fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra, a.8, p.31-106, 2011.

16 NETO, 2006, p. 58.

17 Ibid., p.62.

verdadeiramente uma federação supracional – veremos como isso pode ser dito na primeira seção do seguinte capítulo.

Nos próximos capítulos, estudaremos brevemente a estrutura institucional da União Europeia para que possamos, no capítulo derradeiro, debruçar-nos sobre alguns pressupostos teóricos do Direito Comunitário: sua conceituação, suas fontes formais e o conceito de soberanias compartilhadas.

3. A supranacionalidade da ordem jurídica europeia

3.1. A União Europeia como organização supranacional

Antes de nos debruçarmos especificamente sobre a organização do Parlamento, da Comissão e do Conselho Europeu e realizarmos algumas considerações sobre o sistema judiciário da União Europeia, permitiremo-nos – para melhor compreensão da comunidade política que ora estudamos – dissertar brevemente sobre alguns embates que envolvem a especificação e identificação da real natureza jurídica da União Europeia.

Em primeiro lugar, temos de ter claro que, como vimos, a União Europeia nasce de inúmeros esforços da criação de um bloco econômico. Lima¹⁸ nos esclarece que a criação de blocos econômicos é impulsionada sobremaneira quando um Estado soberano resolve que não pode simplesmente se isolar no cenário internacional e toma consciência de sua incapacidade, face às complexidades da economia globalizada, de autossustentação – aí nasce a necessidade de entrega de parte de sua independência a um grupo de outros Estados, de representação de vontade unânime, o bloco econômico.

Ademais, ainda explica que esse grupo possui, em si, uma unidade política própria, portando uma personalidade jurídica

18 LIMA, J. Constituição Europeia e Soberania Nacional. J.H. Mizuno, Leme, 2006, p.44-45.

distinta dos Estados que a compõem – sendo a representante de uma vontade popular própria e comum a esse grupo de unidades estatais¹⁹. Azevedo Neto²⁰ destaca, no entanto, que a União Europeia não pode ser mais classificada simplesmente como um bloco econômico e que as competências e os propósitos da União hoje se configuram muito mais extensos que os de um bloco econômico, e não se fala em vontade comum e unânime dos Estados, mas na composição de uma maioria, que expressa essa vontade através da legislação da União Europeia. Neste viés, destaca ainda que esta não pode ter sua natureza definida somente em razão de seu aspecto econômico.

Sieberson²¹ esclarece que, em áreas como a de política, defesa, orçamento, educação e cultura, é como se a União Europeia realmente agisse como uma clássica organização internacional. No entanto, para o autor, é clara a posição de que as competências e os poderes que arregimentaram e a colocam em uma posição distinta, não se tratando mais de uma organização regida pelos princípios mais elementares do Direito Internacional Público.

Há posições muito distintas para a natureza jurídica específica que assume a União Europeia neste momento – e a indecisão dos teóricos parece estar centrada principalmente nos desdobramentos futuros de seu desenvolvimento: no estado em que se encontra, argumenta Azevedo Neto, a natureza jurídica da União Europeia é caso único e se encontra entre a da organização internacional e de um tipo de confederação: «Nas políticas econômicas europeias, a União já demonstra agir internacionalmente como se um único Estado fosse. Há quem defenda que a posição intermediária da união deva evoluir rapidamente para um sistema confederado mais complexo, adotando inclusive bicameralismo, garantindo assim uma maior legitimidade democrática e maior longevidade do

19 Idem.

20 NETO, 2006, p.36.

21 SIEBERSON, Scott. Dividing Lines Between European Union and its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon. T.M.C Publishers, Haia, 2008, p.11-13.

ordenamento»²².

Não é nossa intenção resolver a questão, mas justamente demonstrar a complexidade e os entraves teóricos e fáticos para uma justa apreensão da verdadeira natureza jurídica da União Europeia. Azevedo Neto²³ se coloca em oposição ao tratamento de Sieberson²⁴, ao argumentar que os caracteres federalistas da organização estrutural da União Europeia são indelévels. Sieberson²⁵, por sua vez, argumenta que há áreas em que a União age como agiria qualquer organização internacional – principalmente nas áreas não econômicas –, portanto não há que se falar num estado Europeu Federal sobreposto às soberanias nacionais individuais.

Ao que parece indicar Azevedo Neto²⁶, um consenso razoavelmente aceito entre os teóricos é que essa área de indefinição entre um federalismo europeu e a organização internacional pode ser classificada como organização supranacional – a supranacionalidade aqui é o que se localize entre «a subordinação dos Estados-federados a um super-Estado dotado de soberania própria e um individualismo internacional», este mais próprio e mais distintamente identificado com a organização internacional clássica.

3.2. Ordem jurídica supranacional da União Europeia

Assumimos aqui que a União Europeia pode ser classificada como uma organização supranacional. No entanto, ainda não definimos muito bem a supranacionalidade de uma organização. Nesta seção, ofereceremos um breve panorama sobre as diatribes teóricas relacionadas à tal termo e intentaremos o melhor possível

22 NETO, op. cit., p. 38.

23 NETO, 2006.

24 SIEBERSON, Scott. *Dividing Lines Between European Union and its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon*. T.M.C Publishers, Haia, 2008, p.17.

25 Idem.

26 NETO, op. cit., p. 40.

para uma clara definição do seu conceito.

Steltzer esclarece, em primeiro lugar que «a noção etimológica do termo supranacionalidade comporta a junção de dois vocábulos: supra e nacional. O Primeiro implica um sentido de superioridade em relação ao segundo, representando, este, uma relação de subordinação que afeta os Estados-membros e se estende a seus ordenamentos jurídicos e instituições, vinculando-os em uma unidade integrada, supranacional, juridicamente superior às unidades nacionais que a compõem»²⁷.

Ainda, a autora destaca que a supranacionalidade se fundamenta em três caracteres principais: em primeiro lugar, há a realização de uma transferência de soberania para os ditames da organização comunitária; em segundo lugar, a organização deve ter um fim eminentemente integracionista²⁸.

Ora, ainda explica a autora que a União Europeia, em sua formação, não opera como uma organização internacional no molde clássico, uma vez que trata de realizar uma verdadeira partilha das soberanias dos Estados nacionais, arrogando o poder de representação política em lugar desses núcleos políticos nacionais, operando por cima das unidades nacionais que dela fazem parte²⁹.

Ainda que, portanto, haja uma limitação de seus poderes – o que não a torna um superestado soberano transnacional –, há que se atentar para o fato de que a formação mesma da União Europeia implica, em primeiro lugar, uma integração baseada na entrega voluntária de parcela da soberania dos Estados nacionais – soberania essa implicada e pressuposta no tipo ideal e clássico de uma organização internacional: não se trata de uma mera organização que coordena e regula ações entre Estados, mas que, no lugar deles, coordena parte de suas ações e posições estratégicas nos mais diversos campos, mesmo que não o seja em

27 STELTZER, Joana. Mercado Europeu: direito e análise jurisprudencial. Juruá, Curitiba, 2005, p. 11.

28 STELTZER, 2005, p.75.

29 Ibid., p. 76.

sua totalidade.

Quanto à ordem jurídica supranacional da União Europeia, vale relembrar a lição de Ocampo: «Em sua forma atual, o ordenamento jurídico comunitário se estrutura em um modelo de “pilares”, com a União Europeia atuando como teto comum dos três pilares. O primeiro deles se compõe das três comunidades, isto é, a Comunidade Econômica Europeia, a Comunidade Europeia de Energia Atômica e Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Pilar Comunitário); o segundo é integrado pelas normas relativas à Política Exterior e de Segurança Comum (Pilar intragovernamental); e o terceiro, das regras que tratam de Cooperação em Âmbitos da Justiça e Assuntos interiores (hoje Cooperação Policial Judicial em Matéria Penal – Pilar Intergovernamental) »³⁰.

Seguindo a lição de Accioly³¹, podemos dizer que a União Europeia constitui uma ordem jurídica de caráter internacional, que legisla e coordena o ordenamento jurídico interno das nações-membros através das fontes trazidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e a estreita parceria com os tribunais próprios de cada Estado-membro, com uma jurisprudência reconhecida, bem como uma doutrina.

É importante nos valermos também da opinião de Lewandowski³² de que o exercício próprio das soberanias da União Europeia se dá pelo sistema de uma soberania compartilhada – explicita o autor que a soberania compartilhada é o sistema mais próximo das confederações, em que as competências e os poderes próprios dos Estados são exercidos de maneira conjunta.

Finkelstein³³, por sua vez, nega que a técnica própria de governo do projeto europeu seja o de uma federação (e parece

30 OCAMPO, R.G. Direito internacional público da integração. trad. S. Duarte. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p.179.

31 ACCIOLY, 2010, p.110.

32 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Globalização, regionalização e soberania. Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2004, p.292.

33 FINKELSTEIN, Cláudio. O processo de formação de mercados de bloco. São Paulo: IOB- Thomson, 2003, p. 58.

ser a opinião também de Lewandowski³⁴, que a identifica mais com a ideia de confederação de soberanias compartilhadas mais do que a ideia de soberanias partilhadas), uma vez que há ainda certos “vácuos” jurídicos em que as instituições não encerram uma integração total – principalmente no fato de que os Estados europeus ainda possuem matérias de soberania própria.

Pagliariini esclarece ainda mais, ao notar que a formação da União Europeia ocorreu em movimento eminentemente centrípeto: “O fenômeno europeu tem particularidades próprias porque a construção do espaço ocupado pela União Europeia se efetivou pela via do tratado internacional, o que quer dizer que o consentimento dos Estados membros foi fundamental”³⁵.

Reis³⁶ nota que a noção de supranacionalidade foi definida justamente para que se designasse uma técnica de governo e de poder através de um ente jurídico que possui personalidade jurídica de direito internacional própria, que tem as nações como membros de uma União – e aí está a sua distinção eminente das organizações internacionais de molde clássico, isto é, na possibilidade de produção de normas que são aplicáveis, com força de lei, no território de cada um dos membros. Desse modo, a supranacionalidade se configura na existência de uma instância jurídica superior ao poder soberano de cada Estado, cujas normas têm efeito de natureza imediata e vinculante.

Há que se ter em mente, todavia – seguindo aqui a lição de Hueglin³⁷ –, de que há diferenças fundamentais entre os sistema federal enquanto tal, como encontrado nos Estados Unidos da América, e o modelo de soberanias compartilhadas da União Europeia, havendo, no caso americano, um Direito Constitucional

34 LEWANDOWSKI, 2004.

35 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A Constituição Europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 168.

36 REIS, Márcio Monteiro. Mercosul, União Europeia e Constituição: a ordenação dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais: Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p.3.

37 HUEGLIN, T. O. From Constitutional to Treaty Federalism: a Comparative Perspective. Publius: The Journal of Federalism, 30, pp. 137-153, 2000. p.137)

que determina os direitos fundamentais dos cidadãos e a constituição jurídica do Estado, enquanto, no caso da União Europeia, há uma carta de direitos fundamentais apartadas de seu documento legal constitutivo.

Fercot nos explica, com ainda mais clareza, quando destaca: «No estado presente da integração da Europa, a comparação da ordem constitucional da União Europeia com estados federais não pode ser realizada de forma direta. Estudos no campo do Direito Constitucional da União Europeia tem investigado assuntos muitos similares àquelas da proteção de direitos fundamentais em sistemas de federação»³⁸.

Para concluirmos nossa breve dissertação, empreenderemos uma modesta investigação sobre o conceito de soberania compartilhada, para que se quede ainda mais clara a natureza político-jurídica da União Europeia.

3.3. O que são soberanias compartilhadas?

Temos claro, já, que a União Europeia só pôde ser constituída através do uso de um modelo de soberanias compartilhadas do conjunto dos Estados nacionais que compõem a União.

Azevedo Neto tem importante lição que pode nos auxiliar a entender como se pode conceituar a ideia desse modo, podendo ser definido como «Uma delegação do processo democrático decisório ou da própria ação política a uma esfera decisória central para que questões que dizem respeito a todos possam ser tomadas em conjunto. Ainda pode-se dizer que será requisito para que exista de fato esta soberania compartilhada existir um processo que não seja por unanimidade, já que neste a soberania individual seria respeitada pelo dito requisito. Na União Europeia, a existência de processos de adoção de medidas por maiorias qualificadas

38 FERCOT, C. Perspectives on Federalism: Diversity of Constitutional Rights in Federal Systems. A comparative analysis of German, American and Swiss Law. *European Constitutional Law Review*, 4: 302-324, 2008. p. 303.

demonstra a existência de tal compartilhamento de soberania em sua arquitetura institucional»³⁹.

Albi⁴⁰ destaca que o compartilhamento das soberanias se dá através de disposições próprias das disposições constitucionais presentes em quatro blocos distintos dentro da própria União Europeia – que incluem, de maneira mais ou menos distinta, a delegação de poderes soberanos para a União Europeia. O primeiro bloco de países como Portugal, Áustria, Alemanha e França trazem delegações diretas para a União Europeia; o segundo, formado por Grécia, Suécia e Irlanda, contém igualmente as delegações diretas, que são, no entanto, mais limitadas; o terceiro grupo, Itália, Espanha, Bélgica Finlândia, possui cláusulas sobre a União Europeia contidas em seções relativas a organizações internacionais; o último bloco de países, Holanda, Luxemburgo e Dinamarca, não encerra constitucionalmente suas provisões a respeito da União Europeia, mas prevê a delegação de poderes soberanos a organizações internacionais. Importante destacar que, antes do Brexit, o Reino Unido reconheceu constitucionalmente (através da recapitulação textual de seus preceitos constitucionais, que são eminentemente da common law), a presença do direito comunitário como parte integrante do direito britânico, possuindo, inclusive, precedência entre qualquer um dos dois.

Azevedo Neto⁴¹ ainda assevera que a disposição constitucional para o compartilhamento das soberanias está presente nos países do leste europeu saídos da União Soviética atualmente. Apesar dos inúmeros entraves gerados por constituições provindas do sistema soviético que não continham essa disposição, houve a emenda de todas elas, a partir de pelo menos 2004.

É importante mencionar o conceito de acervo comunitário das normas, definido por Azoulai «O aquis [acervo comunitário]

39 NETO, 2010, p.73.

40 ALBI, A. Supremacy of EC LAW in New Member States. *European Constitutional Law Review*, 3; 25-67, 2007. p.10.

41 NETO, 2006, p.78.

não é tão somente garantia de um desenvolvimento interno da Comunidade. É também a condição do aprofundamento de uma institucionalização ainda maior da sociedade internacional, quando oferece às organizações internacionais um renomado dinamismo para a elaboração de normas internacionais, uma contribuição para uma nova arquitetura do sistema internacional, e um sério garante para a execução de regras internacionais»⁴².

Azevedo Neto argumenta que a implementação desse acervo comunitário de regras é o fator que permite a existência em si de um sistema institucional que formaliza esses modelos de soberania compartilhada⁴³.

Por fim, destaca-se a posição de Habermas, isto é, a de que o principal desafio desses tipos de modelos é justamente o de tentar tornar compatíveis os interesses que ainda remanescem das aspirações tipicamente nacionais com as imposições de um interesse mercadológico global⁴⁴.

O renomado filósofo, em suas próprias palavras, acredita que o objetivo da emergência desses centros de poderes supranacionais seja o da criação de «uma política interna mundial sem um governo mundial»⁴⁵, isto é, uma justa composição de administrações, instituições, governos e, por fim, Estados, que possam se compor com uma administração supranacional enquanto membros de uma comunidade e não meramente como súditos de uma superautoridade interestatal.

Desta feita, para o pensador, ressalta-se a aspiração de uma administração institucional supranacional (política mundial sem governo mundial) que tenha como guia os princípios democráticos – isto é, que o enfoque dessa administração não seja meramente o governo de cidadãos com nacionalidades diluídas, mas uma

42 AZOULAI, L. The Acquis of the European Union and International Organisations. *European Law Journal*, vol 11, no.2, 2005, pp. 196-231. p.1.

43 NETO, op. cit., p.82.

44 HABERMAS, J. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. *Littera Mundi*, São Paulo, 2001. p.113.

45 *Ibid.*, p.139.

administração que coaduna os interesses individuais de cada cidadão (o que não exclui aspirações de cunho fundamentalmente nacionais), num cosmopolitismo democrático, isto é, participativo.

4. Considerações finais

Nosso trabalho ecoa o apelo de Habermas quanto à construção da supranacionalidade pautada sempre pelos princípios da democracia de participação e representação política de cada cidadão.

Ademais, queremos justificar novamente a feitura deste artigo, mesmo que modesto, pelo fato de que a concepção própria dos autores é a de que o modelo operativo da técnica de governo supranacional é uma tendência que deve seguir. A globalização nos tornou cidadãos do mundo, e há aspirações de nível supranacional que hoje são irrecorríveis, como interesses ecológicos, ou mesmo os de saúde pública, como tão bem demonstrou a crise do Covid-19.

Destaca-se que o assunto é ainda mais urgente, uma vez que testemunhamos, há poucos meses, a eclosão de uma guerra no leste-europeu, quando da invasão Russa aos territórios ucranianos.

À maneira de recapitulação, reproduzimos aqui a ordem do trabalho: em primeiro lugar, uma visão ampla das razões de ordem histórica que engendraram a execução de um projeto europeu, seguida de uma investigação sobre a supranacionalidade, a natureza jurídica da União Europeia e a técnica de governança regida pelo princípio das soberanias compartilhadas.

Esperamos, por fim, que esta investigação, mais panorâmica que profunda, possa ser utilizada como referência e material de pesquisa por outros estudantes, pesquisadores, em sala de aula por professores, na área de graduação ou mesmo pós-graduação, mesmo que tenhamos a consciência da extensão de nossos esforços e da brevidade de nossas palavras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Elizabeth. Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional. Juruá, Curitiba, 2010.

ALBI, A. Supremacy of EC LAW in New Member States. *European Constitutional Law Review*, 3; 25-67, 2007.

ALVES, Dora Resende; CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.), *Cidadania, justiça e controle social [em linha]* (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível no Repositório da UPT em <http://hdl.handle.net/11328/1461>

AZOULAI, L. The Acquis of the European Union and International Organisations. *European Law Journal*, vol 11, no.2, 2005, pp. 196-231.

CAMPOS, J. *Manual de Direito Comunitário*. Editora Fundação Calouste Gilbekian, Lisboa, 2002.

CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Lisboa, 2004.

CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende; OLIVEIRA, Suzana Massako Hirama Loreto de. O efeito direto horizontal das diretivas e o tribunal de justiça da união europeia. *Cadernos de Dereito Actual*, 15 (Número ordinário 2021), 233-253. [consult. 2 de março de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3604>

CASTILHOS, Daniela Serra; PACHECO, Fátima; BARATA, Mario. Comentário ao Processo C-324/17, Gavanozov, 24 de outubro de 2019: O princípio do reconhecimento mútuo versus Direitos Fundamentais. *Revista Jurídica Portucalense*, 2020, 28, 30-58. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em: Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/3308>

CHATELET, F. Et Al. História das ideias políticas. Editora Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 2000.

CRAIG, P; DE BURCA, G. EU Law: Text Cases and materials. Oxford University Press, Oxford, UK, 2004.

CRAIG, P; DE BURCA, G. The Evolution of EU Law. Oxford University Press, Oxford, Uk, 1999

CRETELLA, Jr. J. Teoria Geral das Organizações Internacionais. São Paulo: Saraiva, 2007

CHALMERS, D. et al. European Union Law. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2006.

DAHL, R. Poliarquia: Participação e Oposição. Edusp, São Paulo, 1997.

ERIKSEN, E. O. Europe in search of legitimacy: Strategies of Legitimation Assessed, International Political Science Review, vol. 25, no. 4, 435-459, 2004.

FERCOT, C. Perspectives on Federalism: Diversity of Constitutional Rights in Federal Systems. A comparative analysis of German, American and Swiss Law. European Constitutional Law Review, 4: 302-324, 2008.

FINKELSTEIN, Cláudio. O processo de formação de mercados de bloco: São Paulo: IOB- Thomson, 2003, p. 51-52.

GIURIANNO, M. G. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

HABERMAS, J. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. Littera Mundi, São Paulo, 2001.

HOBBSBAWN, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991). Companhia das Letras, São Paulo, 1995

HUEGLIN, T. O. From Constitutional to Treaty Federalism: a Comparative Perspective. Publius: The Journal of Federalism: 30, pp. 137-153, 2000.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Globalização, regionalização e soberania. Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2004.

LIMA, J. Constituição Europeia e Soberania Nacional. J.H. Mizuno, Leme, 2006.

MADURO, M. P. A Consituição Plural, constitucionalismo e União Europeia. ed. Príncípia, Estoril, 2006.

MAGNOLI, Demétrio. Globalização, Estado Nacional e Espaço Mundial. Moderna, São Paulo, 1997.

NETO, Álvaro de Oliveira Azevedo. Constitucionalismo Transnacional: o sistema constitucional da União Europeia e o funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia como corte constitucional. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A Constituição Europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

REIS, Márcio Monteiro. Mercosul, União Europeia e Constituição: a ordenação dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais: Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

SCOTT, J. Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union. European Law Jorunal, Vol 8, n.01, Blacwell, Oxford, 2002.

SEITENFUS, R. A. S. Manual das organizações internacionais. 2 ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

SIEBERSON, Scott. Dividing Lines Between European Union and its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon. T.M.C Publishers, Haia, 2008.

STELTZER, Joana. Mercado Europeu: direito e análise jurisprudencial. Juruá, Curitiba, 2005.

OCAMPO, R.G. Direito internacional público da integração. trad. S. Duarte. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Declaração de Laeken. Disponível em <http://www.europa.eu.int>]

UNIÃO EUROPEIA. Uma Constituição para a Europa. Disponível em <http://www.europa.eu.int>

UNIÃO EUROPEIA. Tratado que Institui a Comunidade Europeia (versão compilada). Jornal Oficial N C 325 de 25 de Dezembro de 2002, disponível em <http://www.europa.eu.int> AMORIM, João Pacheco de. A Constituição Económica Portuguesa Enquadramento dogmático e princípios fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra, a.8, p.31-106, 2011.

Caso Flamínio Costa contra Enel: Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964

Flamínio Costa Case Against ENEL

Daiane Marilyn Vaz¹

Vera Cecilia Junqueira Escorel²

Sumário: 1. Contencioso da União Europeia; 2. Caso Flamínio Costa contra Enel: quanto à aplicação dos artigos 177.º, 102.º, 93.º, 53.º, 52.º, segundo parágrafo; e 37.º, do Tratado de Roma; 3. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho trata do estudo do acórdão referente ao Caso Flamínio Costa contra ENEL, cujo conteúdo tornou-se paradigmático para a compreensão do contencioso comunitário. Os objetivos principais circundam a compreensão da interpretação realizada pelo Tribunal de Justiça, cujas conclusões tornaram-se obrigatórias aos Estados-Membros, contribuindo para a análise do funcionamento da União Europeia. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica e análise documental, verifica-se que a liberdade e a igualdade entre os cidadãos dos Estados-Membros podem ser elencadas como relevantes características da União Europeia. Em verdade, o desenvolvimento de referido bloco econômico e político passa necessariamente pela evolução na interpretação de suas normativas pelos Tribunais, como ocorreu no caso em apreço.

Palavras-chave: Interpretação; Liberdade; Igualdade; União Europeia; Estados-Membros.

1 Juíza de Direito do Estado do Mato Grosso. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense. E-mail: daianevaz@hotmail.com.

2 Analista Jurídica do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense. E-mail: veraescorel@terra.com.br.

Abstract: This paper aims to present the judgment referring to the Flamínio Costa Case Against ENEL, whose content has become paradigmatic for the understanding of community litigation. The main objectives surround the understanding of the interpretation carried out by the Court of Justice, whose conclusions have become mandatory for the Member States, contributing to the analysis of the functioning of the European Union. By using bibliographic research and document analysis, it appears that freedom and equality among the citizens of the Member States can be listed as one of the great characteristics of the European Union. In fact, the development of that economic and political bloc necessarily involves the evolution in the interpretation of its regulations by the Courts, as occurred in the present case.

Keywords: Interpretation; Freedom; Equality; European Union; Member States.

1. Contencioso da União Europeia

A União Europeia pode ser definida como a união de Estados, com a transferência de tarefas e funções bem definidas. Pode-se dizer que a União Europeia resulta da soma de normas e valores fundamentais vinculativos³. As normas resultam quer dos próprios textos dos tratados europeus, dos atos jurídicos aprovados pelas instituições da União, quer dos usos e costumes consagrados⁴.

Questão fundamental a ser perquirida versa sobre a natureza jurídica da União Europeia. A União Europeia é uma entidade

3 BORCHARDT, Klaus-Dieter. O ABC do direito da União Europeia [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017 [consult. 2 de março de 2022]. ISBN 978-92-79-63633-2 doi:10.2775/484439. Disponível em <https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f8d9b32e-6a03-4137-9e5a-9bbaba7d1d40>. p.45.

4 BORCHARDT, Klaus-Dieter. O ABC do direito da União Europeia [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017 [consult. 2 de março de 2022]. ISBN 978-92-79-63633-2 doi:10.2775/484439. Disponível em <https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f8d9b32e-6a03-4137-9e5a-9bbaba7d1d40>. p.45.

autônoma, dotada de direitos soberanos e de uma ordem jurídica independente dos Estados-Membros que se impõe, quer aos Estados-Membros, quer aos respectivos cidadãos nos domínios de competência da União Europeia. É um sistema em construção, uma organização supranacional⁵.

A classificação jurídica da União Europeia com base em suas características foi feita em dois acórdãos fundamentais de 1963 e 1964. Tais acórdãos fazem parte da jurisprudência do Tribunal de Justiça e, apesar de terem sido proferidos quando existia a Comunidade Económica Europeia, continuam a ter validade jurídica para a União Europeia na sua atual configuração⁶. São eles: o acórdão de 1963 - o processo Van Gend & Loos -, no qual o Tribunal de Justiça fixou os aspectos fundamentais da natureza jurídica da Comunidade Económica Europeia ; e o acórdão de 1964 - o Processo Flaminio Costa Contra ENEL -, objeto do presente trabalho de investigação.

A disciplina denominada como contencioso da União Europeia busca, em suma, estudar as normas processuais e vias recursais atinentes à União Europeia, assegurando a tutela jurisdicional dos direitos conferidos por essa ordem jurídica específica⁷.

A jurisprudência comunitária, integrada pelas decisões proferidas pelos Tribunais, pode ser compreendida como fonte do direito da União Europeia, com especial relevância pelo

5 BORCHARDT, Klaus-Dieter. O ABC do direito da União Europeia [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017 [consult. 2 de março de 2022]. ISBN 978-92-79-63633-2 doi:10.2775/484439. Disponível em <https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f8d9b32e-6a03-4137-9e5a-9bbaba7d1d40>. p.48.

6 BORCHARDT, Klaus-Dieter. O ABC do direito da União Europeia [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017 [consult. 2 de março de 2022]. ISBN 978-92-79-63633-2 doi:10.2775/484439. Disponível em <https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f8d9b32e-6a03-4137-9e5a-9bbaba7d1d40>. p.45.

7 ABREU, Joana Covelo de. O sentido amplo de contencioso da União Europeia e a justiça eletrónica europeia – a tutela jurisdicional efetiva como pressuposto e finalidade: breves apontamentos [em linha] [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/3322/1/Ebook_Contencioso%20da%20Uniao%20Europeia_eUjust.pdf.

papel desempenhado na denominada construção da integração comunitária⁸. Daí decorre a importância do estudo de acórdãos que foram essenciais para a evolução da própria disciplina⁹.

O princípio do primado, de construção jurisprudencial, vem a lume para estabelecer que em caso de conflito, aplica-se o direito da União com preferência. Decorre do princípio do efeito direto a possibilidade de os particulares invocarem contra os Estados-Membros destinatários, as normas de direito originário e derivado que estabelecem direitos ou impõem obrigações, desde que suficientemente claras e incondicionadas¹⁰.

Deve-se tomar o conceito de contencioso da União Europeia em sua acepção ampla para abranger o conjunto de processos de natureza jurisdicional que permitam resolver os diferendos, incluindo-se nesse conceito os processos no quais haja litígio e

8 ALVES, Dora Resende. O sistema institucional, jurídico e jurisdicional da União Europeia. [em linha] [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1945/1/Conf%20CEJ%20DUE%202018.pdf>.

9 Segundo as lições de BRITO: Em qualquer ordem jurídica a prática de factos ilícitos ou, até mesmo, de factos lícitos de que resulte a violação de direitos ou de interesses legítimos de terceiros faz incorrer, em determinadas circunstâncias, o autor do facto (ilícito ou lícito) em responsabilidade. O mesmo se passa no domínio do Direito Internacional que, desde sempre, admitiu o princípio da responsabilidade. Com efeito, originariamente só se reconhecia a responsabilidade pelos factos ilícitos praticados pelos Estados, então considerados únicos sujeitos do Direito Internacional. Esta responsabilidade resultava da violação culposa pelos Estados de obrigações recíprocas. Mais tarde, com o aparecimento das Organizações Internacionais, passou-se a aceitar que estas, enquanto sujeitos de Direito Internacional, também incorreriam em responsabilidade internacional pela prática de factos ilícitos resultantes da violação de obrigações internacionais por ela assumidas. BRITO, Vladimir. Direito Internacional Público. Coimbra, Editora. 2008. ISBN 978-972-32-1560-1.

Imperioso destacar que: (...) o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia é inegável na construção do acervo jurídico que hoje constitui a União Europeia, nomeadamente pela sua capacidade de concretização das normas jurídicas neste contexto e pelo desenho principiológico que foi moldando a construção europeia. No entanto, tal só foi possível a partir das suas interações reflexivas com os tribunais nacionais, cujo papel decisivo determinou que também fossem considerados como integrando a dinâmica funcional do Contencioso da União (...). ABREU, Joana Covelo de. O sentido amplo de contencioso da União Europeia e a justiça eletrónica europeia – a tutela jurisdicional efetiva como pressuposto e finalidade: breves apontamentos [em linha] [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/3322/1/Ebook_Contencioso%20da%20Uniao%20Europeia_eUjust.pdf.

10 CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende; OLIVEIRA, Suzana Massako Hiram Loreto de. O efeito direto horizontal das diretivas e o tribunal de justiça da união europeia. Cadernos de Dereito Actual, 15 (Número ordinário 2021), 233-253. [consult. 2 de março de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3604>.

aqueles nos quais não existe litígio como, por exemplo, o processo previsto no artigo 177.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Tratado CE), atual artigo 234.º CE, ou o processo consultivo em matéria de acordos internacionais, ao abrigo do artigo 300.º (ex-artigo 288.º) do Tratado CE¹¹. Em outras palavras, o contencioso da União Europeia é o estudo da aplicação do Direito da União Europeia pelos órgãos jurisdicionais, nacionais e comunitários.

O contencioso abrange não só os litígios que o juiz comunitário é chamado a solucionar, como também situações equiparadas a litígios em relação às quais a regra de Direito previu a possibilidade de sujeição a um regime jurisdicional (artigo 234.º Tratado CE, ex-artigo 177.º e artigo 300.º Tratado CE, ex-artigo 228.º)¹². O fundamento jurídico desse meio contencioso era o de criar um mecanismo que evitasse a divergência de jurisprudência nos vários Estados-Membros¹³. O artigo 234.º (ex-artigo 177.º Tratado CE) – tratado no acórdão objeto do presente trabalho de investigação – prevê um mecanismo pelo qual todo e qualquer tribunal nacional pode submeter ao Tribunal de Justiça questões de interpretação ou de validade do Direito Comunitário que sejam relevantes para a boa decisão da causa¹⁴.

O Tribunal de Justiça afirmou que referido artigo é essencial à preservação do caráter comunitário instituído pelo Tratado e tem por efeito assegurar que em todas as circunstâncias este Direito se

11 DE QUADROS, Fausto e MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso da União Europeia. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., Dezembro de 2009. ISBN 978-972-40-3084-5. p. 19.

12 DE QUADROS, Fausto e MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso da União Europeia. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., Dezembro de 2009. ISBN 978-972-40-3084-5. p. 21.

13 DE QUADROS, Fausto e MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso da União Europeia. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., Dezembro de 2009. ISBN 978-972-40-3084-5. p. 71.

14 DE QUADROS, Fausto e MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso da União Europeia. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., Dezembro de 2009. ISBN 978-972-40-3084-5. p. 71.

aplica da mesma forma em todos os Estados-Membros¹⁵.

Na ambiência da complexa sistematização do ordenamento jurídico da União Europeia, integrada por fontes originárias e derivadas e princípios jurídicos, incumbe ao Tribunal de Justiça a missão de assegurar o Estado de Direito, por meio da interpretação e aplicação dos tratados, para que haja uniformidade na aplicação das regras no contexto dos Estados-Membros¹⁶.

Em suma, o artigo 234.º (ex-artigo 177.º Tratado CE) visa, portanto, assegurar a aplicação correta do Direito Comunitário, colocando ao dispor do juiz nacional um meio de eliminar as dificuldades que poderiam advir da necessidade de dar ao Direito Comunitário o seu pleno efeito nos vários sistemas jurisdicionais dos Estados-Membros. Toda e qualquer lacuna no sistema poria em causa a eficácia das disposições do Tratado e do Direito Derivado. O referido artigo constitui uma das manifestações mais claras da especificidade da Ordem Jurídica Comunitária¹⁷.

2. Caso Flaminio Costa Contra Enel: quanto à aplicação dos artigos 177.º, 102.º, 93.º, 53.º, 52.º, segundo parágrafo; e 37.º, do Tratado de Roma

Para contextualizar, importante esclarecer que em 1962 a Itália nacionalizou a produção e a distribuição de eletricidade, transferindo o patrimônio das empresas do setor para a sociedade denominada ENEL (Ente nazionale Energia Elettrica). Diante desse fato, o acionista da empresa Edison Volta, Flaminio Costa, viu-se privado de dividendos a que tinha direito e recusou-se a pagar uma fatura de eletricidade de 1.926,00 liras italianas. Perante o

15 DE QUADROS, Fausto e MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso da União Europeia. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., Dezembro de 2009. ISBN 978-972-40-3084-5. p. 72.

16 GUIMARÃES, Ana Paula; CASTILHOS, Daniela Serra; BARATA, Mario. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. Revista Jurídica Portucalense, 28, 2020, 4-29. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3306>

17 DE QUADROS, Fausto e MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso da União Europeia. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., Dezembro de 2009. ISBN 978-972-40-3084-5. p. 72.

Guidice Conciliatore de Milão, Flaminio Costa sustentou que a lei da nacionalização violava uma série de disposições do Tratado CEE. O Tribunal de Milão apresentou, então, ao Tribunal de Justiça, um pedido de decisão prejudicial relativamente à interpretação de algumas disposições do Tratado CEE.

No que toca à aplicação do artigo 177.º, dentre as conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Maurice Legrange, em 25 de Junho de 1964, no Processo 6/64, este refere que devem ser resolvidas duas questões prévias relativas à validade do reenvio para o Tribunal de Justiça¹⁸.

A primeira está em saber se o juiz de Milão submeteu efetivamente questões relativas à interpretação do Tratado. O Tribunal já permitiu em outros litígios ao juiz nacional julgar dentro dos limites da sua competência, visto que é corriqueiro que a interpretação abstrata dos artigos do Tratado ou dos regulamentos comunitários seja realizada em função do caso concreto que é objeto do litígio. Neste aspecto, salientou o Advogado-Geral que se deve ter cuidado à medida que se multiplicam os processos com base no artigo 177.º, a fim de se evitar que o Tribunal, sob a aparência de interpretação, se substitua em maior ou menor escala ao juiz nacional, que é o competente para aplicar o Tratado e os regulamentos comunitários, incorporados na legislação interna por efeito de ratificação.

Isto conduz à análise da segunda questão prévia, que diz respeito às objeções de ordem constitucional. À exceção de inadmissibilidade absoluta, o Tribunal não tem que se pronunciar sobre os motivos que levaram o juiz nacional a considerar devido submeter uma questão prejudicial, basta que o Tribunal verifique

18 As informações acerca da aplicação do artigo 177.º foram extraídas de: CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL LAGRANGE APRESENTADAS EM 25 DE JUNHO DE 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L. [em linha]. Pedido de decisão prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Itália. Processo 6-64. Edição especial portuguesa 1962-1964 00549. Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:1964:51. Número CELEX: 61964CC0006. Autor: Tribunal de Justiça. Data do documento: 25/06/1964 [consult. 2 de março de 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CC0006&qid=1646340021638&from=PT>.

que se trata efetivamente de uma questão nos termos do artigo 177.º, relativa à interpretação ou à validade de um regulamento comunitário, para o qual o artigo 177.º atribui competência ao Tribunal. Isso porque, o juiz nacional apenas pode considerar o Tratado tal como ele é; o Tratado que institui a CEE, como outros Tratados europeus, criou uma ordem jurídica própria, diferente da ordem jurídica de cada um dos Estados-Membros, mas a qual se substitui parcialmente segundo regras precisas contidas no próprio Tratado e que consiste em transferência de competências em favor de instituições comuns.

É impossível escapar ao problema resultante da coexistência, em cada Estado-Membro, de duas ordens jurídicas, a interna e a comunitária, existindo sanções na hipótese de ocorrerem usurpações de competência por parte das instituições da Comunidade e, de outro lado, quando ocorrerem usurpações por parte de autoridades nacionais.

Por seu turno, a interpretação do artigo 102.º realizada pelo Tribunal de Justiça no mencionado acórdão determina que quando houver motivo para recear que a adoção de uma disposição legislativa provoque uma distorção, o Estado-Membro que pretende tomar essa medida consultará a Comissão. Esta pode recomendar aos Estados-Membros as medidas adequadas para evitar a distorção receada. Referido dispositivo é essencial à preservação do carácter comunitário instituído pelo Tratado e tem por efeito primordial assegurar que em todas as circunstâncias este direito se aplique da mesma forma em todos os Estados-Membros.

O Tribunal de Justiça dispôs que referido artigo está integrado no capítulo consagrado à aproximação das legislações, destinando-se a evitar que sejam agravadas as divergências entre as legislações nacionais, à luz dos objetivos do Tratado. Através desta disposição os Estados-Membros limitaram a sua liberdade de iniciativa, aceitando se submeter a um processo de consulta apropriado.

Os Estados-Membros contraíram perante a Comunidade um compromisso que os vincula enquanto Estados, mas não atribui aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais devem salvaguardar. Em outras palavras, a Comissão deve fazer respeitar este artigo, mas esta obrigação não confere aos particulares a possibilidade de invocar, em sua defesa, no âmbito do direito comunitário e através do artigo 177.º, o incumprimento do Estado em causa ou a omissão da Comissão.

De outro lado, o artigo 93.º tratado no referido acórdão determina que a Comissão procederá com os Estados-Membros ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses Estados, visando a implementação das medidas adequadas exigidas pelo funcionamento do Mercado Comum.

A Comissão deve ser informada antecipadamente sobre a instituição ou alteração de auxílios, não podendo o Estado-Membro pôr em execução as medidas projetadas antes da conclusão do processo comunitário e, eventualmente, do processo perante o Tribunal.

A leitura dada a este artigo pelo Tribunal tem por objetivo eliminar auxílios existentes e evitar que novos auxílios sejam criados de forma a falsear a concorrência.

Da mesma forma já exposta acima, a Comissão deve respeitar este artigo, que a obriga a proceder em cooperação com os Estados, mas esta obrigação não confere aos particulares a possibilidade de invocar, em sua defesa, no âmbito do direito comunitário e através do artigo 177.º, o incumprimento do Estado em causa ou a omissão da Comissão.

Em sequência, a interpretação do artigo 53º realizada pelo Tribunal destaca que os Estados-Membros comprometem-se, salvo disposição em contrário do Tratado, a não introduzir novas restrições ao estabelecimento, no seu território, dos nacionais dos

outros Estados-membros¹⁹.

Referido dispositivo traduz uma norma comunitária apta a produzir e atribuir efeitos aos particulares, proibindo qualquer nova medida com finalidade direta ou indireta de submeter os nacionais de outros Estados-membros a certa regulamentação mais rigorosa do que aquela dirigida aos nacionais daquele país.

A interpretação desse artigo permite concluir se tratar de uma abstenção, sem imposição de condições para seu implemento. Assim, há produção de efeitos diretos entre os Estados membros e os seus nacionais, o que revela a importância do artigo não apenas para o deslinde do fato concreto, como também para a solução de inúmeras problemáticas que podem surgir quanto ao tratamento dispensado aos nacionais de outros Estados-Membros²⁰.

Além disso, a autonomia do direito comunitário justifica referida aplicabilidade, na medida em que a manifestação dos Estados em tornarem-se membros das Comunidades Europeias, os obrigam quanto aos tratados e atos das instituições²¹.

Nesse compasso, importante destacar que o parágrafo segundo do artigo 52 vem esclarecer que a liberdade de

19 TRATADO DE ROMA (CEE). Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia. Assinado em Roma (Itália), 25 de Março de 1957. Entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1958 [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>.

20 Sobre a aplicabilidade direta do direito da União Europeia, explica MAGALHÃES SILVA: A aplicabilidade direta do direito comunitário foi durante largas décadas um tema polémico na sua relação com o direito interno dos Estados membros. Das Comunidades Europeias passou-se à União Europeia, pois só com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa se passou a poder falar apenas de uma União Europeia a que ainda se adiciona a Comunidade Europeia da Energia Atômica. Nem por isso o tema da aplicabilidade direta do agora direito da União Europeia deixou de manter o seu interesse. MAGALHÃES SILVA, Maria Manuela. A aplicabilidade direta do direito da União Europeia no direito interno. [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/767/7/A%20aplicabilidade%20direta%20do%20direito%20da%20Uni%c3%a3o%20Europeia%20no%20direito%20interno.pdf>.

21 MAGALHÃES SILVA, Maria Manuela. A aplicabilidade direta do direito da União Europeia no direito interno. [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/767/7/A%20aplicabilidade%20direta%20do%20direito%20da%20Uni%c3%a3o%20Europeia%20no%20direito%20interno.pdf>.

estabelecimento compreende: a) o acesso às atividades não assalariadas; b) o acesso à constituição e à gestão de empresas²².

Sobre a liberdade de estabelecimento, ressalta-se que a Directiva 2006/123/CE demonstra a preocupação da comunidade europeia com o progresso económico e social, reforçando a liberdade necessária às prestações de serviço. Essa preocupação está em consonância com a decisão ora analisada, pois ambas parecem concluir que a liberdade está diretamente relacionada com o crescimento económico e financeiro de um povo²³.

Importante consignar que a liberdade de estabelecimento abrange não apenas o acesso às atividades não assalariadas, mas também à constituição e à gestão de empresas.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em seus artigos 49º a 55º, destaca que “a liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas

22 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 15 DE JULHO DE 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L [em linha]. Pedido de decisão prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Itália. Processo 6-64. Edição especial portuguesa 1962-1964 00549. Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:1964:66. Número CELEX: 61964CJ0006. Autor: Tribunal de Justiça. Data do documento: 15/07/1964 [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=PT>.

23 Um mercado de serviços competitivo é essencial para promover o crescimento económico e a criação de emprego na União Europeia. Actualmente, um grande número de entraves no mercado interno impede muitos prestadores, especialmente empresas de pequena e média dimensão (PME), de se expandirem para além das fronteiras nacionais e de beneficiarem plenamente do mercado interno, o que enfraquece a competitividade a nível mundial dos prestadores da União Europeia. Um mercado livre que imponha aos Estados-Membros a eliminação das restrições à prestação de serviços transfronteiras, em conjugação com uma maior transparência em matéria de informação dos consumidores, dará aos consumidores europeus uma maior escolha e serviços de melhor qualidade a preços mais baixos. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 15 DE JULHO DE 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L [em linha]. Pedido de decisão prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Itália. Processo 6-64. Edição especial portuguesa 1962-1964 00549. Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:1964:66. Número CELEX: 61964CJ0006. Autor: Tribunal de Justiça. Data do documento: 15/07/1964 [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=PT>.

designadamente de sociedades (...)”²⁴.

Ressalta-se que a liberdade buscada abrange, como dito, as atividades não assalariadas, devendo ser adotadas diretivas que busquem o reconhecimento de diplomas, certificados e títulos²⁵.

Assim, a busca pelo tratamento equânime dispensado pelos Estados-Membros aos nacionais de outros Estados-Membros reforça a preocupação com a igualdade material e é de suma importância para o desenvolvimento não apenas dos países singularmente considerados, mas principalmente para o avanço econômico da União Europeia.

Segundo o artigo 37º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia “os estados-membros adaptarão progressivamente os monopólios nacionais de natureza comercial, a fim de assegurar, quanto às condições de abastecimento e de comercialização, a exclusão de toda e qualquer discriminação entre nacionais dos estados-membros”²⁶. E, ainda, há previsão de os Estados-membros

24 TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia. C 202/49. 7.6.2016. [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

25 Artigo 53.o (ex-artigo 47.o TCE) 1. A fim de facilitar o acesso às atividades não assalariadas e ao seu exercício, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotarão diretivas que visem o reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros títulos, bem como a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes ao acesso às atividades não assalariadas e ao seu exercício. 2. No que diz respeito às profissões médicas, paramédicas e farmacêuticas, a eliminação progressiva das restrições dependerá da coordenação das respetivas condições de exercício nos diversos Estados-Membros. TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia. C 202/49. 7.6.2016. [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

26 TRATADO DE ROMA (CEE). Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia. Assinado em Roma (Itália), 25 de Março de 1957. Entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1958 [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>.

não implementarem qualquer medida contrária a tal disposição²⁷.

Logo, correto concluir que existe uma dupla obrigação, tanto de natureza ativa – de adaptação de monopólios –, quanto passiva – buscando evitar a implementação de novas medidas²⁸.

Assim como a redação do artigo tratado anteriormente, referida redação não traz em seu texto qualquer reserva, produzindo efeitos diretos nas relações jurídicas. Em outras palavras, traduz norma comunitária apta a conferir aos particulares direitos oponíveis aos Estados-membros²⁹.

O grande objetivo deste artigo 37º é justamente proibir e coibir qualquer medida que possa ter como consequência a implementação de discriminação entre os nacionais dos Estados-membros quanto às condições de abastecimento e comercialização cujo objeto seja produto comercial suscetível de concorrência entre os Estados-membros, desempenhando papel efetivo nessas trocas comerciais.

O dispositivo em tela é de extrema importância, por se atrelar

27 TRATADO DE ROMA (CEE). Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia. Assinado em Roma (Itália), 25 de Março de 1957. Entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1958 [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>.

28 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 15 DE JULHO DE 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L [em linha]. Pedido de decisão prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Itália. Processo 6-64. Edição especial portuguesa 1962-1964 00549. Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:1964:66. Número CELEX: 61964CJ0006. Autor: Tribunal de Justiça. Data do documento: 15/07/1964 [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=PT>.

29 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 15 DE JULHO DE 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L [em linha]. Pedido de decisão prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Itália. Processo 6-64. Edição especial portuguesa 1962-1964 00549. Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:1964:66. Número CELEX: 61964CJ0006. Autor: Tribunal de Justiça. Data do documento: 15/07/1964 [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=PT>.

diretamente ao direito de concorrência³⁰.

A preocupação e a consideração com a garantia de igualdade também no que pertine à esfera de monopólios, demonstra evolução e seriedade política na União Europeia, que somente pode ser alcançada com o decurso do tempo³¹.

3. Considerações Finais

A evolução da União Europeia permitiu que essa parceria entre os Estados-Membros promovesse o desenvolvimento económico dos integrantes, contribuindo para que o bloco económico e político

30 Nesse sentido, oportuna a lição de ALVES: A concorrência é o mecanismo de descentralização do mercado que permite a competição entre vários agentes económicos com o objetivo da supremacia comercial. Para existir concorrência é necessária liberdade de acesso ao mercado, liberdade de ação sobre a oferta e liberdade de escolha sobre a procura, ora, estas liberdades enfrentam diversos obstáculos a partir do momento em que os agentes económicos praticam estratégias que não se coadunam com aqueles princípios fundamentais. O Direito da Concorrência emerge como instrumento regulador de situações que o mercado enfrenta por consequência da ação carente de critérios morais ou éticos dos seus agentes, em prol do desenvolvimento económico dos seus projetos. ALVES, Dora Resende. Concorrência e regulação: harmonia e conceitos. Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, (31), 229-269 [em linha] [consult. 22 de março de 2022]. Disponível no Repositório UPT. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3723>.

31 Acerca de referida evolução, convém destacar: Apesar de já longo, o percurso da protecção de direitos fundamentais plasmado em textos juridicamente vinculativos na Europa é ainda um caminho aberto e em progresso. Muito tem sido alcançado no plano de criação de um catálogo de direitos europeu, mas ainda há conquistas importantes a alcançar no acesso à sua garantia através dos mecanismos processuais da União Europeia. O Tribunal de Justiça da União Europeia deu, desde a primeira hora, um forte contributo para a criação de um espaço constitucional europeu de protecção dos direitos fundamentais. Depois, um importante passo foi dado com a adopção da CDFUE, primeiro de modo não vinculativo e com o Tratado de Lisboa passando a ter o mesmo valor jurídico que os tratados. Esse texto fez mais do que ser mais uma catalogação abstracta de direitos a nível internacional, dando-lhes significado e tornando-os imperativos no âmbito do direito da União Europeia. Assim, o percurso começou em 1969 e, 40 anos, depois obteve forte impulso. ALVES, Dora Resende; CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.), Cidadania, justiça e controle social [em linha] (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível no Repositório da UPT em <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1461/1/A%20EVOLU%c3%87%c3%83O%20DOS%20DIREITOS%20HUMANOS%20NA%20EUROPA.pdf>.

fosse reconhecido como um dos maiores projetos de integração político da atualidade.

Com o passar dos anos, as normativas regulamentares se modernizaram, ficando cada dia mais condizentes com valores importantes para a estruturação das populações afetadas. A liberdade e igualdade entre os cidadãos dos Estados-Membros podem ser elencadas como uma das grandes características da União Europeia. A exemplo disso, a jurisprudência dos Tribunais responsáveis pelos julgamentos de casos pertinentes, mostra-se condizente com a observância desses princípios.

O caso analisado, qual seja, caso Flamínio Costa contra ENEL: Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964, demonstrou a importância de questões como igualdade material, liberdade de estabelecimento, não discriminação e efeito direto no direito da integração. Tornou-se, assim, uma decisão paradigmática para a União Europeia, integrando os sistemas jurídicos dos Estados-Membros e, em última análise, tendo a sua observância obrigatória. Além disso, é conteúdo de suma importância à matéria em debate, qual seja, contencioso comunitário, pois o seu estudo é capaz de elucidar e esclarecer questões essenciais para o correto entendimento do funcionamento da União Europeia.

Por meio desse Acórdão, verificou-se que os Estados-Membros comprometem-se, salvo disposição em contrário do Tratado, a não introduzir novas restrições ao estabelecimento, no seu território, dos nacionais dos outros Estados-membros; além disso, deverão adaptar progressivamente os monopólios nacionais de natureza comercial, a fim de assegurar, quanto às condições de abastecimento e de comercialização, a exclusão de toda e qualquer discriminação entre seus nacionais; esclareceu, ainda, que a liberdade de estabelecimento compreende: a) o acesso às atividades não assalariadas; b) o acesso à constituição e à gestão de empresas, dentre outras matérias importantes que se tornaram paradigmas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Joana Covelo de. O sentido amplo de contencioso da União Europeia e a justiça eletrônica europeia – a tutela jurisdicional efetiva como pressuposto e finalidade: breves apontamentos [em linha] [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/3322/1/Ebook_Contencioso%20da%20Uniao%20Europeia_eUjust.pdf.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 15 DE JULHO DE 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L [em linha]. Pedido de decisão prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Itália. Processo 6-64. Edição especial portuguesa 1962-1964 00549. Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:1964:66. Número CELEX: 61964CJ0006. Autor: Tribunal de Justiça. Data do documento: 15/07/1964 [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=PT>.

ALVES, Dora Resende. O sistema institucional, jurídico e jurisdicional da União Europeia. [em linha] [consult. 22 de março de 2022]. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1945/1/Conf%20CEJ%20DUE%202018.pdf>.

ALVES, Dora Resende. Concorrência e regulação: harmonia e conceitos. Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, (31), 229-269 [em linha] [consult. 22 de março de 2022]. Disponível no Repositório UPT. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3723>.

ALVES, Dora Resende; CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.), Cidadania, justiça e controle social [em linha] (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível no Repositório da UPT em <http://hdl.handle.net/11328/1461>

BORCHARDT, Klaus-Dieter. O ABC do direito da União Europeia [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União

Europeia, 2017 [consult. 2 de março de 2022]. ISBN 978-92-79-63633-2 doi:10.2775/484439. Disponível em <https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f8d9b32e-6a03-4137-9e5a-9bbaba7d1d40>.

BRITO, Wladimir. Direito Internacional Público. Coimbra, Editora. 2008. ISBN 978-972-32-1560-1.

CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende; OLIVEIRA, Suzana Massako Hiram Loreto de. O efeito direto horizontal das diretivas e o tribunal de justiça da união europeia. Cadernos de Dereito Actual, 15 (Número ordinário 2021), 233-253. [consult. 2 de março de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3604>

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL LAGRANGE APRESENTADAS EM 25 DE JUNHO DE 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L. [em linha] Pedido de decisão prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Itália. Processo 6-64. Edição especial portuguesa 1962-1964 00549. Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:1964:51. Número CELEX: 61964CC0006. Autor: Tribunal de Justiça. Data do documento: 25/06/1964. [consult. 2 de março de 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CC0006&qid=1646340021638&from=PT>.

DE QUADROS, Fausto e MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso da União Europeia. 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., Dezembro de 2009. ISBN 978-972-40-3084-5.

DIRECTIVA 2006/123/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0123&from=PT>.

GUIMARÃES, Ana Paula; CASTILHOS, Daniela Serra; BARATA, Mario. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. Revista Jurídica Portucalense, 28, 2020, 4-29. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em: <http://hdl.handle>.

net/11328/3306

MAGALHÃES SILVA, Maria Manuela. A aplicabilidade direta do direito da União Europeia no direito interno. [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/767/7/A%20aplicabilidade%20direta%20do%20direito%20da%20Uni%c3%a3o%20Europeia%20no%20direito%20interno.pdf>

TRATADO DE ROMA (CEE). Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia. Assinado em Roma (Itália), 25 de Março de 1957. Entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1958 [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>.

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia. C 202/49. 7.6.2016. [em linha] [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

A Evolução do Contencioso da União Europeia

The evolution of the European Union litigation

Tatiane Gomes Quintino¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Países terceiros no contencioso comunitário; 3. Crises venezuelanas 4. Recurso no Tribunal Geral; 4.1 Acórdão do Tribunal Geral 5. Tramitação no Tribunal de Justiça da União Europeia 5.1 A questão da pessoa coletiva; 5.2 Fundamento único da Venezuela; 5.3 Principal consideração do Conselho; 5.4 Conclusões do Advogado – Geral; 5.5 Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia; Considerações Finais.

Resumo: Um ato da União Europeia contra a Venezuela abriu precedente para que o Tribunal de Justiça determinasse novo entendimento de admissibilidade recursal, ao se tratar de um recorrente afetado diretamente por suas medidas. Sendo assim, a investigação traz a evolução do contencioso comunitário diante da abertura jurisprudencial para países terceiros ingressarem via recurso contra decisões da União Europeia. Usando da metodologia científica qualitativa e jurisprudencial, desenvolvemos análise dos processos T- 65/18 e P-872/19, que possibilitaram apreciação dos Tribunais em questões capazes de anular atos da União Europeia contra países que não fazem parte de seus contornos. Os resultados desencadeados revelaram que as questões que o Conselho se preocupou em arguir não permitirão que toda e qualquer questão seja levada a apreciação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo que, de igual forma, haverá prévia análise de cabimento, mas destacou evolução jurisprudencial que poderá permitir novos diálogos da União com países que antes não tinham

¹ Mestranda em Ciências Jurídico Políticas – IBEA na Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Advogada. E-mail: tatianequintinoadv@gmail.com

voz no contencioso comunitário.

Palavras-chave: Contencioso Comunitário; Países terceiros; União Europeia.

Abstract: An act of the European Union against Venezuela set a precedent for the Court of Justice to determine a new understanding of appeal admissibility, when dealing with an appellant directly affected by its measures. Therefore, the investigation brings the evolution of community litigation in the face of jurisprudential opening for third countries to enter via appeal against decisions of the European Union. Using qualitative and jurisprudential scientific methodology, we developed an analysis of the T-65/18 and P-872/19 processes, which allowed the Courts to consider issues capable of annulling European Union acts against countries that are not part of their contours. The results revealed that the issues that the Council was concerned to raise will not allow any issue to be taken to the Court of Justice of the European Union, and, likewise, there will be a prior analysis of appropriateness, but highlighted jurisprudential evolution which could allow for new Union dialogues with countries that previously had no voice in Community litigation.

Keywords: Community Litigation; Third Countries; European Union.

1. Introdução

A União Europeia tem seus conflitos resolvidos no Tribunal de Justiça da União Europeia, responsável por dirimir os conflitos traçados dentro das quatro liberdades fundamentais traduzidas na circulação de bens, capitais, pessoas e mercadorias. No que se refere à preservação dos direitos estabelecidos, há que ressaltar a atribuição do Tribunal de Justiça no contexto geográfico dos Estados – Membros, que aceitaram fazer parte dessa organização internacional sui géneres.

Em decorrência, a União Europeia já demonstrou, desde sua

criação, que estagnar-se não está em sua essência, vindo a evoluir constantemente, tanto na economia quanto politicamente. Na mesma linhagem, o Tribunal de Justiça da União Europeia também tem acompanhado essa evolução através de suas decisões paradigmáticas, sendo a decisão do processo P-872/19 o principal destaque dessa investigação, pela admissibilidade recursal do Estado da República Bolivariana da Venezuela contra uma medida estabelecida dentro da União Europeia.

Objetiva-se salientar os limites que impediam a Venezuela de interpor recurso no Tribunal de Justiça, delinear o entendimento do Tribunal diante desses desafios, destacar as razões e os fundamentos da *ratio decidendi* que levaram o Tribunal Geral a negar e o Tribunal de Justiça da União Europeia a aceitar o recurso de Estado terceiro, abrindo importante precedente comunitário.

Intenciona encontrar respostas que identifiquem a decisão de admissibilidade do recurso da Venezuela como uma abertura jurisprudencial, com fito de tornar fonte de diálogo com países terceiros, principalmente se tratando do Mercosul que agrega Estados caracterizados pela tentativa de emergir economicamente, mas pouco vigilante aos direitos humanos e democracia.

Contudo, será investigado nas entrelinhas da decisão, de maneira a suscitar se houve uma abertura, pelo Tribunal, da admissibilidade de Estados que não fazem parte da União a interpor recurso, sempre que não concordarem com as políticas desenvolvidas no espaço da União Europeia. Questionando, principalmente, se houve uma generalização dessa possibilidade ou somente uma decisão pontual com razões fundamentadas na evolução do direito do Tribunal de Justiça.

Primeiramente será abordado como um país terceiro se imiscuiu na jurisdição europeia; depois, será introduzido as crises venezuelanas e os motivos que a União interviu para frear o envio de material bélico por parte dos seus Estados – Membros; após isso, traremos a tramitação no Tribunal Geral e Tribunal de Justiça

do caso, cujo Conselho fez a defesa pela inadmissibilidade recursal de um autor que tinha sua legitimidade ativa questionada, bem como seu interesse de agir.

Por fim, analisaremos ambas as fundamentações, tanto do Estado da Venezuela, como do Conselho para responder ao questionamento se essa nova decisão trará uma oportunidade a outros países como Rússia ou Turquia a influenciarem outras decisões, como recorrente recursal do Tribunal de Justiça da União Europeia.

2. Países terceiros no contencioso comunitário

A União Europeia conta com o Tribunal de Justiça da União Europeia para pacificar seu processo de integração quando houver litígios resultante de seu processo de desenvolvimento e ações². Assim, a jurisprudência do processo em análise se tornou paradigmática pelas suas peculiaridades envolvendo país terceiro no contencioso da União, que possui um sistema que vem evoluindo e propiciando um crescimento voltado a resguardar principalmente os direitos humanos e a democracia. Segundo Ana Maria Guerra Martins, essa panóplia tanto interna como externa não poderia existir se não houvesse dois eixos de crescimento, nomeadamente as sucessivas revisões dos Tratados, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça³.

Na ambiência da complexa sistematização do ordenamento jurídico da União Europeia, integrada por fontes originárias e derivadas e princípios jurídicos, incumbe ao Tribunal de Justiça a missão de assegurar o Estado de Direito, por meio da interpretação e aplicação dos tratados, para que haja uniformidade na aplicação das regras no

2 MENDONÇA, Camila Dabrowski de Araújo. BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. A Solução de controvérsias na União Europeia: o procedimento por incumprimento. Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas – [em linha] outubro 2015 Ano XV – nº 25, pp. 93 – 109 [consult. 17 fev 2022] Disponível em <https://scholar.archive.org/work/u7dzizqz6gnfahmapx3sihajn2i/access/wayback/http://srvapp2s.santoangelo.uri.br>

3 MARTINS, Ana Maria Guerra. Os Desafios Contemporâneos à Ação Externa da União Europeia (Lições de Direito Internacional Público II) Coimbra: Almedina Editora, 2018. ISBN 978-972-40-7610-2.

contexto dos Estados-Membros⁴.

A questão inicial se colocou quando os Estados – Membros contam com um Tribunal para suas diversidades, e a República Bolivariana da Venezuela, país membro do Mercosul, tenta recorrer naquela jurisdição para salvaguardar seus direitos de contratar com seus países integrantes. Estabelecendo que da mesma forma que a União Europeia tenta, segundo a Venezuela, impor restrições que a afetem, sem um acordo bilateral, a República Bolivariana da Venezuela pretende interpor recurso e litigar contra as medidas de restrições daquela sem prévio Tratado, o que, em princípio, não seria admissível.

Nos conflitos de normas em que é submetido o Tribunal de Justiça da União Europeia a desate, compete-lhe, à luz das fontes primárias, dar interpretação do direito, norteando o escopo do princípio da cooperação leal. De caráter vinculativo aos Estados-Membros, os precedentes assentados pelo TJUE formam um *stare decisis*. Para dar sustentação ao princípio da lealdade europeia, o TJUE reconheceu outros princípios fundamentais estruturantes, que constituem o acervo formal comunitário⁵.

3. Crises venezuelanas

Os movimentos e manobras políticas têm sido o grande desafio da República Bolivariana da Venezuela, desencadeando constante entraves na política, sem que haja pacificação institucional, bem como social e econômica naquele lugar⁶. Essas crises instauradas são de uma complexidade que envolvem ajuda internacional de

4 GUIMARÃES, Ana Paula; CASTILHOS, Daniela Serra; BARATA, Mario. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. *Revista Jurídica Portugalense*, 28, 2020, p. . Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3306>

5 CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende; OLIVEIRA, Suzana Massako Hirama Loreto de. O efeito direto horizontal das diretivas e o tribunal de justiça da união europeia. *Cadernos de Dereito Actual*, 15 (Número ordinário 2021), p. 250. [consult. 2 de março de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3604>.

6 BELLO, Enzo. Constituição e Política na Venezuela: um Balanço da conjuntura contemporânea. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*. [em linha] 2019, n° 1, pp. 1-13 ISSN 2317-2150 [consult. 11 fev. 2022] Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7661>

diversos Estados e Organizações Internacionais, sendo, muitas vezes, de ordem social, humanitária ou até mesmo de intervenções econômicas.

Nesse caso, trata-se de intervenção econômica da União Europeia direcionada aos seus Estados – Membros, sem que tenha intencionado, à priori, afetação direta contra a Venezuela. Todavia esse ato imposto para não haver circulação de armamento bélico do bloco dentro do Estado venezuelano, reverberou negativamente em sua economia gerando indignação. Sendo assim, verificamos que se trata da Venezuela como transgressora nas suas relações internas, mas, ofendida nas internacionais.

3.1 Medidas contra a Venezuela

O Acórdão em análise teve origem após a Alta Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) da União Europeia adotarem medidas restritivas contra a venda de material bélico, equipamento militar, tecnologia ou software usados e outros, para efeitos de repressão dentro do território venezuelano, bem como prestações de serviços que controlem ou interceptam comunicações telefônicas e de internet à pessoas, empresas ou Governantes da Venezuela⁷.

Todas essas restrições, direcionada aos Estados – Membros, contra a liberdade de comercializar mercadorias dentro da Venezuela teve por preocupação direitos que são de extrema importância à União Europeia como a “deterioração contínua da democracia, do Estado de direito, dos direitos humanos e separação de poderes na Venezuela.”

Salutar delimitar que as medidas tomadas dentro da União Europeia contra a Venezuela dizem respeito às condutas que os

⁷ JURISPRUDÊNCIA. Acórdão do Tribunal de Justiça, processo T-65/18, de 20 de setembro de 2019 [em linha] Acesso 10 fev. 2022. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8F99D850DAA7B2CB59E-D83556EE1397A?text=&docid=218021&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4950313>

Estados – Membros devem observar, no trato da liberdade de livre circulação de mercadorias. Embora a decisão seja contra o Estado terceiro venezuelano, o artigo 20º do Regulamento 2017/2063⁸ determina aplicação voltada em razão da pessoa, tratando -se de uma medida para os Estados – Membros, em razão do local, dentro do espaço da União Europeia.

Isso tem relevância na senda do interesse de agir dentro da interposição recursal, sendo que a evolução das Comunidades Europeias, bem como, posteriormente, da União Europeia trouxe envolvido um novo ordenamento jurídico, com especificidades próprias, para que houvesse um ordenamento seguro e eficaz do direito da União para os Estados-Membros,⁹ contando para isso com o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Além da delimitação do direcionamento do Regulamento 2017/2063, também é crucial memorar que o artigo 259º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia rege a competência do Tribunal se dispõe a solucionar o contencioso entre Estados – Membros. O artigo 259º se compromete na referência somente aos Estados dentro da União, expondo que “qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu qualquer das

8 REGULAMENTO (UE) 2017/2063 DO CONSELHO. de 13 de novembro de 2017. Artigo 20º O presente regulamento aplica-se: a) No território da União, incluindo o seu espaço aéreo; b) A bordo de qualquer aeronave ou embarcação sob jurisdição de um Estado – Membro; c) A todos os nacionais de qualquer Estado – Membro, dentro ou fora do território da União; d) A todas as pessoas coletivas, entidades ou organismos, dentro ou fora do território da União, registados ou constituídos nos termos do direito de um Estado – Membro; e) A todas as pessoas coletivas, entidades ou organismos, para qualquer atividade económica exercida, total ou parcialmente, na União. [em linha] Acesso em: 10 fev. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R2063&from=PT>

9 BENTO, Marcia Costa. ALVES, Dora Resende. A noção de jurisdição para efeitos de interpelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais. IJP artigos e revistas nacionais Repositorio Universidade Portucalense. [em linha]. 2015, nº 17, pp. 89-117. [consult. 10 fev. 2022] ISSN 0874-2839. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/1115>

obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados.”¹⁰

4. Recurso no Tribunal Geral

O processo T- 65/18¹¹ teve início pela Venezuela, em 6 de fevereiro de 2018, no Tribunal Geral da União Europeia, que fundamentou seus argumentos objetivando anular as medidas de restrições que foram impostas contra àquele Estado. A tramitação do processo, por parte da Venezuela no Tribunal Geral, tentou anular as medidas com três pedidos iniciais¹² que tentavam assegurar a livre circulação de mercadorias armamentistas e correlatas vindas da União Europeia.

Contra isso, o Conselho da União Europeia “arguiu uma exceção de inadmissibilidade ao abrigo do artigo 130º, nº 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.”¹³

Essa exceção foi usada para invocar três fundamentos de inadmissibilidade do recurso da Venezuela, “primeiro que ela não tem interesse em agir, segundo, que as disposições do Regulamento 2017/2063 não lhe dizem diretamente respeito, e que não é pessoa singular ou coletiva na aceção do artigo 263º, quarto parágrafo,

10 JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Artigo 259º. [em linha] acesso 12 fev 2022. Disponível https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

11 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo T-65/18, de 20 de setembro de 2019. [em linha] consult. 22 fev. 2022. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018TJ0065&from=IT>

12 Em primeiro lugar, obter anulação do Regulamento 2017/2063 do Conselho, de 13 de novembro de 2017, que impõe medidas restritivas tendo em conta a situação na Venezuela; em Segundo lugar, do Regulamento de Execução (UE) 2018/1653 do Conselho, de 6 de novembro de 2018, que dá execução ao Regulamento 2017/2063; terceiro lugar, anular a Decisão (PESC) 2018/1656 do Conselho, de 6 de novembro de 2018, que altera a Decisão (PESC) 2017/2074 relativa a medidas restritivas tendo em conta a situação na Venezuela.

13 REGULAMENTO DE PROCESSO DO TRIBUNAL GERAL. Artigo 130º (3) Exceções e Incidentes Processuais. 1. Se o demandado pedir ao Tribunal que se pronuncie sobre a inadmissibilidade ou sobre a incompetência sem dar início à discussão do mérito da causa, deve apresentar o seu pedido em requerimento separado, no prazo referido no artigo 81.º [em linha] p 66. Consult. 12 fev 2022. Disponível https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rp_pt.pdf

TFUE.”¹⁴

O artigo 263º, quarto parágrafo, do Tratado de Funcionamento da União Europeia¹⁵ é parte central para o entendimento desse contencioso, sendo que sua interpretação foi o destaque argumentativo do Conselho que entende que a Venezuela não é pessoa coletiva neste caso, pois agiu como operador económico dessas mercadorias e não como um Estado; a Venezuela usa da inteligência do mesmo artigo para alegar que sua redação não está muito clara nesse sentido, e por isso, não poderia ser usada para prejudica-la.

As inovações trazidas pelo Tratado de Lisboa tiveram grande repercussão na reforma trazida ao 263º, quarto parágrafo, do TFUE, que segundo Carlos Proença, traduzem-se na interpretação de actos regulamentares e a necessidade do recorrente ser direta e individualmente atingido¹⁶, tendo em vista que a Venezuela não foi destinatária das medidas e suas execuções, havendo dúvidas sobre essa afetação.

Sendo, portanto, uma questão que demonstra dúvidas sobre afetação direta contra a República bolivariana. Não sendo possível determinar automaticamente que há uma interpretação prejudicial, sem antes estabelecer se houve direta e individual ação contra ela, no cumprimento da novel interpretação do artigo em comento.

14 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Consult. 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

15 JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Artigo 263º, quarto parágrafo. Qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiros e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução. [em linha] Consult. 12 fev 2022. Disponível https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

16 PROENÇA, Carlos. Proteção Jurisdicional efetiva na União Europeia: evolução e perspectivas (ou expectativas) futuras. Debater a Europa Periódico do CIEDA e do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE. [em linha]. 2016, n° 15, pp.83-103. [consult. 16 fev. 2021] ISSN 1647-6336. Disponível em: https://doi.org/10.14195/1647-6336_15_4

Nesse ponto processual não houve aprofundamento de qual legitimidade ativa se tratava, se coletiva ou singular. No Tribunal Geral não se discutiu sobre a legitimidade ativa da Venezuela ser considerada conforme o conceito de pessoa coletiva predispoë, já que, obviamente pessoa singular não poderia ser.

Ocorre que, para Inês Pereira a verificação da legitimidade recursal para anular algum ato, referindo-se ao teste do caso Plaumann é, em verdade, uma prova diabólica, necessitando haver uma tutela jurisdicional mais efetiva, por parte da União Europeia, para o acesso a jurisdição de particulares.¹⁹ A autora levanta considerações voltadas para a legitimidade das pessoas singulares no plano recursal, com isso, tanto na demonstração de pessoa coletiva ou singular, nota-se uma dificuldade exacerbada para a Venezuela, o que obstrui seus direitos.

5. Tramitação no Tribunal de Justiça da União Europeia

Na decisão o TJUE destacou em “observações preliminares que a Venezuela contesta somente a admissibilidade do seu recurso contra os artigos 2º, 3º, 6º e 7º do Regulamento 2017/2063”²⁰, ficando definitivamente julgado pelo Tribunal Geral a inadmissibilidade recursal que pudesse anular o Regulamento de Execução 2018/1653 e da Decisão 2018/1656.

O Tribunal de Justiça da União Europeia antes de iniciar a análise do feito indagou “oficiosamente sobre a dúvida de saber se a Venezuela deve ser considerada uma pessoa coletiva na aceção do artigo 263º, quarto parágrafo, TFUE, e somente depois verificaria

19 SOUSA, Inês Catarina Pereira de. A Necessidade de Reforço da Tutela Jurisdicional Efetiva na União Europeia. [em linha] Dissertação de Mestrado da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014. p. 21. Identificador 201497395 [Consult. 22 fev. 2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.14/16041>

20 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

se o Regulamento 2017/2063 lhe dizem diretamente respeito.”²¹

5.1. A questão da pessoa coletiva

Em sua defesa a Venezuela considera que a redação do artigo 263º, quarto parágrafo, TFUE, não dá indícios de que, ainda que indiretamente, possa excluir um país terceiro do conceito de pessoa coletiva. Tendo o Conselho refutado o argumento pelo princípio do consentimento, que se traduz no direito de consentir a jurisdição de outro Estado. Impondo que “no âmbito desta ordem jurídica, os sujeitos de direito internacional público não têm um direito automático de interpor recurso nos órgãos jurisdicionais dos outros Estados.”²²

Contestando que esse direito automático da admissibilidade recursal da Venezuela poderia ferir o princípio do consentimento, o Conselho argumenta que haveria outras razões, “os Estados terceiros, sob o pretexto de serem recorrentes individuais, não devem ser autorizados a utilizar os órgãos jurisdicionais da União como uma porta traseira para resolver diferendos internacionais entre sujeitos de direito internacional público.”²³

Francisco Rezek, destaca que a previsão convencional²⁴ de

21 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

22 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

23 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021 [em linha] acesso em 13 fev. 2022. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

24 CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS DE 1969. [em linha] Art. 35. Tratados que criam obrigações para terceiros Estados. Uma obrigação nasce para um terceiro Estado de uma disposição de um tratado se as partes no tratado tiverem a intenção de criar a obrigação por meio dessa disposição e o terceiro Estado aceitar expressamente, por escrito, essa obrigação. [acesso 16 fev. 2022] Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

obrigações para terceiros resulta no sistema de garantia, caso um Estado se obrigue por um acordo que não o consta como parte gera-se um consentimento²⁵, o que claramente está sendo rejeitado pela outra parte, logo a U.E permitir recurso da Venezuela geraria um consentimento sem acordo. Uma verdadeira relação contraditória, sem acordo estabelecendo relação, mas permitindo recurso.

A ausência de acordo do Estado que recorre contra a União Europeia para permitir análise do mérito recursal poderia também estar ferindo o princípio da reciprocidade prezada nas relações internacionais,²⁶ que o Conselho destaca comprometer as relações da União e suas relações com demais Estados. Sendo que, os Estados terceiros poderiam se voltar contra medidas da União, mas sem que a mesma pudesse coletiva ou individualmente impugnar as decisões nacionais da Venezuela, por exemplo²⁷.

Alguns Estados – Membros, que foram chamados a emitir posição sobre a Venezuela ser uma pessoa coletiva, posicionaram contra e outros a favor à personalidade jurídica. Além disso, um estudo feito pelo Observatório da Jurisdição Europeia recordou também que isso poderia trazer um aumento das ações contra as medidas da União em outros Estados terceiros como Turquia e Rússia²⁸.

Os favoráveis entendem que um Estado terceiro que não

25 REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2014. 15ª edição. p 111. ISBN 978-85-02-21590-0.

26 PORTO, Valeria. A Aplicação do Princípio da Reciprocidade no Direito Internacional Público: do Bilateralismo à Supranacionalidade. Revista Portal de periódicos IDP. [em linha]. 2009, v.6 n° 26, pp.87-103. [Consult. 16 fev. 2022] ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1533>

27 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

28 POSENATO, Naiara. Observatory on European Studies Jurisdição europeia e Estados terceiros. Setembro 2021. [em linha] [Consult. 16 fev. 2022]. ISSN 2763-8685. Disponível <https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/869814/1873780/News%20Setembro%202021%20Jurisdição%20europeia%20e%20Estados%20terceiros%20%7c%20Latin%20American%20Center%20of%20European%20Studies.pdf>

tem reconhecido personalidade jurídica como pessoa coletiva fica impossibilitado de proteção dos seus interesses internacionais, necessitando que o seu reconhecimento seja dado à luz do parágrafo quarto do artigo 263º TFUE e não do primeiro, como um Estado – Membro.²⁹

Ademais, ressaltou-se que a União tem preceito no artigo 2º do Tratado da União Europeia que é fundado numa conceção voltada aos direitos que amplie toda e qualquer forma de justiça, não sendo possível adotar preceitos restritivos em algum de seus órgãos, de modo a excluir um Estado do Contencioso da União³⁰.

A Comissão entendeu que a leitura correta do artigo 263º, quarto parágrafo do TFUE deveria consistir pela restrição, lembrando a falta de acordo internacional entre ambas as partes e, entendendo a aceção múltipla da pessoa coletiva, que pelo princípio da igualdade dos Estados consideraria que a Venezuela seria abrangida se praticasse atos de gestão ou acederem aos Tribunais com acordo celebrado³¹.

Todavia, o acórdão recorda ainda que a jurisprudência do Tribunal de Justiça já decidiu que não é possível o uso de interpretação restritiva ao conceituar pessoa coletiva, quando equiparou que os recursos de entidades não possam ser de igual previsão de um Estado – Membro, que faz uso do segundo parágrafo do artigo 263º, TFUE, mas fazendo uso do quarto parágrafo para

29 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

30 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

31 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

tanto³².

5.2 Fundamento único da Venezuela

O Estado terceiro venezuelano usou de único argumento no Tribunal de Justiça para refutar a decisão de inadmissibilidade do Tribunal Geral, tendo em vista que o questionamento do país ser pessoa coletiva foi arguido de ofício. Para a Venezuela, o Tribunal Geral errou na sua interpretação quanto ao critério da afetação direta em causa. O único argumento usado pelo Estado é que não faz sentido “a circunstância de ter ou não agido enquanto operador económico ativo nos mercados em causa, uma vez que esses artigos lhe dizem diretamente respeito do ponto de vista tanto jurídico como material³³.”

Independentemente do reconhecimento como pessoa coletiva ou não, Manoela João Araújo da Cunha, discorrendo sobre a crítica de um particular aceder ao recurso anulatório no Tribunal, quando não foi formalmente destinatário da decisão, expõe que há difícil prova dos requisitos de admissibilidade recursal, que é demonstrar afetação direta e individual do particular pela medida tomada. Destacando de início, que isso retrataria uma verdadeira cortina de ferro no acesso ao sistema do Contencioso da União³⁴.

Sendo, portanto, dois aspectos diferentes dentro do artigo 263º, quarto parágrafo, TFUE, mas ambos com obstáculos. Um pela prova da afetação direta e individual, se forem destinatárias da medida; outro aspecto é pela prova da afetação direta em caso de

32 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

33 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Acesso em: 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

34 CUNHA, Manoela João Araújo da. A tutela jurisdicional efetiva dos particulares no Contencioso da Uniao Europeia: o recurso de anulação como realidade jurídica (ou ilusão pratica?). [em linha]. Dissertações de Mestrado Universidade do Minho, Minho, 2019. [Consult. 14 fev. 2022] identificação de tese: 202316696. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/64065>

atos regulamentares, sem medidas de execução. Podendo extrair que a dificuldade de prova da Venezuela é a atribuição direta do ato regulamentar, tendo o ónus de demonstrar que foi afetada diretamente sem medidas de execução.

O cerne da questão é de interpretação antes de outras apreciações pelos Tribunais.

No caso dessa investigação, entende-se pela destinação inespecífica de medidas restritivas para os Estados – Membros não contratarem com o país ser o ponto central da interpretação, sendo que o caso requer saber se houve efeitos diretos no mercado Venezuelano.

5.3 Principal consideração do Conselho

Diante de todo o aparato jurídico que o Conselho invocou, destaca-se, inclusive pelos efeitos extramuros que podem surgir, o fato da admissibilidade recursal, perante o TJUE, alargar o rol de legitimados “categoria de potenciais recorrentes de modo a incluir qualquer Estado terceiro com a qual a União decida, no âmbito da sua política externa, interromper ou reduzir, total ou parcialmente, as relações económicas e financeiras.”³⁵

Além disso, segundo o Conselho, em verdade, o que a Venezuela tenta com o seu pedido é o estabelecimento de nova norma que impõe ser concedido de imediato legitimidade ativa aos Estados terceiros que querem refutar medidas económicas instituídas pela União Europeia no cenário da sua política externa e económica.³⁶ Nesse sentido, inovar alargando as normas recursais, ela definitivamente não teria legitimidade.

35 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Consult. 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

36 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Consult. 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

5.4 Conclusões do Advogado - Geral

Contrário ao Conselho, o Advogado – Geral, Gerard Hogan, em seu parecer, ressaltou que o Tribunal Geral fez apreciação “altamente artificial e indevidamente formalista.”³⁷ Afirmando que as medidas foram usadas, de qualquer modo, para afetar a Venezuela, principalmente porque o artigo 20º do Regulamento só serve para lembrar o alcance da competência do legislador da União Europeia³⁸. O que não significa que não teria efeito direto contra o Estado terceiro.

Em relação a jurisprudência levantada no caso do Acórdão de 13 de setembro de 2018, Almaz-Antey/Conselho, processo T-515/15³⁹, o Advogado – Geral considerou que, diferentemente do que o TG entendeu, deve ser usada por analogia neste caso, afirmando que, de igual modo, ambos os casos, houve afetação direta nos interesses dos recorrentes⁴⁰.

Logo, entendeu ser irrelevante se consta ou não identificação da Venezuela no anexo do Regulamento 2017/2063, pois essa análise frustraria o direito de interpor recurso, caso fosse denominado no regulamento e não no anexo. Afirmando igualmente que se há uma lista com o nome da Venezuela incluso, faz com que não haja dúvidas de que a mesma seja afetada direta e individualmente pelas medidas de restrições, possibilitando admissibilidade recursal sem

37 CONCLUSÕES DO ADVOGADO – GERAL GERARD HOGAN. Apresentada 20 de janeiro 2021, C-872/19P. p. 26 [em linha] Consult. 18 fev. 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CC0872&from=EN>

38 CONCLUSÕES DO ADVOGADO – GERAL GERARD HOGAN. Apresentada 20 de janeiro 2021, C-872/19P. p. 27 [em linha] Consult. 18 fev. 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CC0872&from=EN>

39 COMUNICADO DE IMPRENSA n° 6/17, de 23 de janeiro de 2017 [em linha] Consult. 18 fev. 2022 <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-01/cp170006pt.pdf>

40 CONCLUSÕES DO ADVOGADO – GERAL GERARD HOGAN. Apresentada 20 de janeiro 2021, C-872/19P. p. 28 [em linha] Consult. 18 fev. 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CC0872&from=EN>

criar nova regra⁴¹.

5.5 Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia

Ultrapassadas questões preliminares arguidas pelas partes, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu o recurso apontando que o Tribunal Geral cometeu erro de direito em sua decisão, julgando de acordo com as conclusões do parecer do Advogado – Geral.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 47º, primeiro parágrafo expõe a garantia de ação⁴² a qualquer pessoa que sofreu violação de seus direitos, sendo, portanto, o principal cerne para o julgamento pelo TJUE. Outrossim, Gerard Hogan, rememorou que o Tribunal de Justiça já pacificou que qualquer inclusão de lista que vise restringir negativamente liberdades e direitos fundamentais de pessoas ou entidade concede acesso ao juiz da União Europeia⁴³.

A primeira apreciação do Tribunal de Justiça foi relativo ao fundamento de inadmissibilidade recursal atinente ao interesse de agir da Venezuela, que segundo o Conselho, as medidas não alteram a situação jurídica do país, nem produzem efeitos obrigatórios dentro de seu território⁴⁴. Mas o entendimento do TJ foi de que há interesse de agir, pois “pressupõe que a anulação do ato impugnado seja suscetível, por si mesma, de conferir um

41 CONCLUSÕES DO ADVOGADO – GERAL GERARD HOGAN. Apresentada 20 de janeiro 2021, C-872/19P. p. 29 [em linha] Consult. 18 fev. 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CC0872&from=EN>

42 CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Artigo 47º, paragrafo primeiro. [em linha] Consult. 18 fe v. 2022. Disponível https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

43 CONCLUSÕES DO ADVOGADO – GERAL GERARD HOGAN. Apresentada 20 de janeiro 2021, C-872/19P. p. 27 [em linha] Consult. 18 fev. 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CC0872&from=EN>

44 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. p 9 [em linha] Consult. 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

benefício à pessoa singular ou coletiva que interpôs o recurso”⁴⁵ conforme Acórdão de 21 de Janeiro de 2021, Alemanha/Esso Raffinage, C-471/18 P⁴⁶.

Quanto a apreciação sobre o segundo argumento de inadmissibilidade contra a Venezuela, o TJ entendeu que o Regulamento 2017/2063 diz diretamente respeito a recorrente, uma vez que se aplicam sem deixar margem de apreciação aos destinatários que a executam, sendo que as proibições são aplicáveis sem necessidade de outras execuções pelos destinatários⁴⁷. Se não há margem de execução, ou seja, se são imediatamente aplicáveis aos Estados – Membros, são, de igual modo, de afetação direta ao país recorrente.

Por fim, o TJ entendeu que o regulamento visa de uma forma geral e abstrata seus destinatários, o que impõe que foi elaborado de acordo com o artigo 215º TFUE, logo um procedimento não legislativo, e por isso, deve ser interpretado como um ato regulamentar, ou seja, aquele que não necessita de medidas de execução, conforme artigo 263º, quarto parágrafo, TFUE.

Com isso, o Tribunal teve o cuidado de diferenciar o parágrafo quarto, artigo 263º, TFUE, primeiro, da exigência do ato que rege a necessidade da recorrente ser destinatária da medida ou que digam direta e individualmente respeito. Logo, essa primeira parte não foi objeto de análise recursal da Venezuela. Mas é da última parte do artigo que diz “bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas

45 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. p9 [em linha] Consult. 13 fev. 2022. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=Is t&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

46 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo nº C-471/18 P. nº 103. [em linha] Consult. 13 fev. 2022. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=236724&pageIndex=0&doclang=PT&mode=Is t&dir=&occ=first&part=1&cid=1949718>

47 JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. p 10 [em linha] Consult. 13 fev. 2022. Disponível <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=Is t&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>

de execução.”⁴⁸

Por conseguinte, reunindo as condições recursais, o Tribunal julgou admissível o recurso da Venezuela para anular os artigos 2º, 3º, 6º e 7º do Regulamento 2017/2063, sem pronunciar o mérito, ficando a cargo do Tribunal Geral essa decisão final.

Interessante frisar que, a ideia embrionária da União Europeia de fechar fronteiras para a Venezuela, no tocante ao aparato bélico e outros correlatos, a ataques contra os venezuelanos que lutassem contra o sistema governamental foram de suma relevância na posição protecionista dos direitos humanos e democracia em prol dos cidadãos venezuelanos, sendo que conforme Dora Rezende Alves e Daniela Serra Castilhos, “o poder político organizado pressupõe a definição de um conjunto de valores que ressalte o respeito pela pessoa humana e de meios de defesa que efectivem a sua proteção.”⁴⁹ Trazendo isso para as relações internacionais da União, é preciso combater todas as mazelas que são a favor do autoritarismo. Mas, perante um sistema judicial que evolui constantemente é imprescindível o reconhecimento do direito de ação que vem corroborar ainda mais no crescimento de um dos dois eixos da União Europeia: a evolução jurisprudencial.

Com isso já se identifica uma tentativa de respostas contra países do Mercosul, que tem sofrido sucessivos abalos contra esses direitos. Todavia, após análise do contencioso, em que houve abertura de país não comunitário na jurisdição europeia, é possível apontar muito mais que isso. É possível destacar, talvez,

48 JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Artigo 263º, quarto parágrafo. Qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas no primeiro e segundo parágrafo, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução. [em linha] Consult. 12 fev 2022. Disponível https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

49 ALVES, Dora Rezende e CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.) [em linha] Cidadania, justiça e controle social (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo. 2016. [consult. 14 jun. 2022] Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/1461>

uma expansão de diálogos com a União aonde é oportunizado ambas as partes manifestarem seus argumentos.

É certo que, como qualquer exame de requisitos recursais, essa análise ainda está adstrita a interpretação pelos Tribunais se há interesse de agir, bem como se há afetação direta pelas ações europeia. Mas, fato é que havendo o cumprimento das alegações recursais, poderá haver essa proximidade de defesa perante o sistema judicial da União Europeia com países como os do Mercosul ou Médio Oriente, que se sintam ofendidos pelos atos em favor das quatro liberdades que a União Europeia consigna em seus Tratados.

Considerações finais

Durante anos o sistema judicial da União Europeia foi destaque por ser composto por Tribunais voltados aos Estados – Membros e suas instituições envolvidas por Tratados, que é principal apanágio da evolução europeia.

Com a decisão jurisprudencial do TJUE no processo P-872/19, em admitir um país estrangeiro à União Europeia, houve mais um passo em direção ao compromisso com a evolução dessa Organização. Ainda que o Estado venezuelano esteja indo de encontro a compromissos internacionais internamente contra seus nacionais, o TJUE entendeu que, processualmente, estaria sofrendo violações no direito de interpor recurso contra a UE, uma vez que há provas do cumprimento de requisitos recursais.

A afirmação preliminar da UE em proteção dos direitos humanos, estado de direito e democracia é de suma importância nos dias atuais, mas a decisão de admissibilidade recursal firma a abertura do diálogo internacional, que é grande obstáculo entre nações para solucionar o primeiro. Isso revela uma jurisprudência europeia voltada para expansão positiva no processo de crescimento da UE, bem como nas relações internacionais quando o assunto é

Estado terceiro, independentemente do resultado final do processo que ainda virá.

Não se pode afirmar que houve um alargamento dos legitimados recursais contra decisões da UE, conforme o Conselho afirmou, mas talvez, uma possibilidade de apreciações jurídicas inovadas pela via recursal, o que não é de imediato, devendo passar pelo crivo da conjuntura processual dos Tribunais.

A decisão deve ser vista como um passo positivo na jurisprudência do TJUE, sendo uma oportunidade para atingir soluções pacíficas dos conflitos de interpretação entre Estados, independentemente se se permita países como Rússia ou Turquia intervirem nas decisões tomadas contra si pela UE, antes de fazerem parte da mesma como já aspiram alguns anos.

Ademais, outros arremates que a decisão suscitou foi a interpretação do artigo 263º, quarto parágrafo, TFUE. Contando com a apreciação sobre a Venezuela ser ou não uma pessoa coletiva e pela invocação se houve afetação direta do Estado terceiro, demonstra que os próximos recursos estrangeiros não serão automáticos. Todo e qualquer argumento que seja levantado dentro da senda procedimental das vias recursais dos Tribunais continuarão sendo averiguadas legitimamente pelo sistema judicial da UE, mas agora, com a nova roupagem da possibilidade de análise de questões trazidas por Estados terceiros, que se sintam diretamente atingidos pelas medidas da União Europeia.

Referências bibliográficas

ALVES, Dora Rezende e CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.) [em linha] Cidadania, justiça e controle social (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo. 2016. [consult. 14 jun. 2022] Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/1461>

BELLO, Enzo. Constituição e Política na Venezuela: um Balanço da conjuntura contemporânea. Revista de Ciências Jurídicas Pensar. [em linha] 2019, n° 1, pp. 1-13 ISSN 2317-2150 [consult. 11 fev. 2022] Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7661>

BENTO, Marcia Costa. ALVES, Dora Resende. A noção de jurisdição para efeitos de interpelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais. IJP artigos e revistas nacionais Repositório Universidade Portucalense. [em linha]. 2015, n° 17, pp. 89-117. [consult. 10 fev. 2022] ISSN 0874-2839. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/1115>

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. [em linha] Consult. 18 fev. 2022. Disponível https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende; OLIVEIRA, Suzana Massako Hiram Loreto de. O efeito direto horizontal das diretivas e o tribunal de justiça da união europeia. Cadernos de Dereito Actual, 15 (Número ordinário 2021), 233-253. [consult. 2 de março de 2022]. Disponível em <http://hdl.handle.net/11328/3604>

COMUNICADO DE IMPRENSA n° 6/17, de 23 de janeiro de 2017 [em linha] Consult. 18 fev. 2022 <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-01/cp170006pt.pdf>

CONCLUSÕES DO ADVOGADO – GERAL GERARD HOGAN. Apresentada 20 de janeiro 2021, C-872/19P. p. 27 [em linha] Consult. 18 fev. 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CC0872&from=EN>

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS DE 1969. [em linha] [acesso 16 fev. 2022] Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

CUNHA, Manoela João Araújo da. A tutela jurisdicional efetiva dos particulares no Contencioso da União Europeia: o recurso de anulação como realidade jurídica (ou ilusão prática?). [em linha]. Dissertações de Mestrado Universidade do Minho, Minho, 2019. [Consult. 14 fev. 2022] identificação de tese: 202316696. Disponível

em: <http://hdl.handle.net/1822/64065>

GUIMARÃES, Ana Paula; CASTILHOS, Daniela Serra; BARATA, Mario. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. *Revista Jurídica Portucalense*, 28, 2020, 4-29. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3306>

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Artigo 259°. [em linha] acesso 12 fev 2022. Disponível https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

MARTINS, Ana Maria Guerra. Os Desafios Contemporâneos à Ação Externa da União Europeia (Lições de Direito Internacional Público II) Coimbra: Almedina Editora, 2018. ISBN 978-972-40-7610-2.

MENDONÇA, Camila Dabrowski de Araújo. BIAZI, Chiara Antónia Sofia Mafrica. A Solução de controvérsias na União Europeia: o procedimento por incumprimento. *Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas* – [em linha] outubro 2015 Ano XV – n° 25, pp. 93 – 109 [consult. 17 fev 2022] Disponível em https://scholar.archive.org/work/u7dziqz6gnfahmapx3sihaj2i/access/wayback/http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/download/1732/815

PORTO, Valeria. A Aplicação do Princípio da Reciprocidade no Direito Internacional Público: do Bilateralismo à Supranacionalidade. *Revista Portal de periódicos IDP*. [em linha]. 2009, v.6 n° 26, pp.87-103. [Consult. 16 fev. 2022] ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1533>

POSENATO, Naiara. Observatory on European Studies *Juridição europeia e Estados terceiros*. Setembro 2021. [em linha] [Consult. 16 fev. 2022]. ISSN 2763-8685. Disponível <https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/869814/1873780/News%20Setembro%202021%20Jurisdicção%20europeia%20e%20Estados%20terceiros%20>

%7c%20Latin%20American%20Center%20of%20European%20Studies. Pdf

PROENÇA, Carlos. Proteção Jurisdicional efetiva na União Europeia: evolução e perspectivas (ou expectativas) futuras. Debater a Europa Periódico do CIEDA e do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE. [em linha]. 2016, nº 15, pp.83-103. [consult. 16 fev. 2021] ISSN 1647-6336. Disponível em: https://doi.org/10.14195/1647-6336_15_4

REGULAMENTO DE PROCESSO DO TRIBUNAL GERAL. [em linha] p 66. Consult. 12 fev 2022. Disponível https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rp_pt.pdf

REGULAMENTO (UE) 2017/2063 DO CONSELHO. de 13 de novembro de 2017, que impõe medidas restritivas tendo em conta a situação na Venezuela. [em linha] Acesso em: 10 fev. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017R2063&from=PT>

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2014. 15ª edição. p.111. ISBN 978-85-02-21590-0.

SOUSA, Inês Catarina Pereira de. A Necessidade de Reforço da Tutela Jurisdicional Efetiva na União Europeia. [em linha] Dissertação de Mestrado da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014. p. 21. Identificador 201497395 [Consult. 22 fev. 2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.14/16041>

Jurisprudências

JURISPRUDÊNCIA. ACÓRDÃO Tribunal de Justiça. Processo T-515/15, de 13 de setembro de 2018. [em linha] acesso 20 fev. 2022. Disponível em: <https://cutt.ly/nVUCA6b>.

JURISPRUDÊNCIA. Acórdão do Tribunal de Justiça, processo T-65/18, de 20 de setembro de 2019 [em linha] Acesso 10 fev. 2022. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document>.

jsf;jsessionid=8F99D850DAA7B2CB59ED83556EE1397A?text
= & d o c i d = 2 1 8 0 2 1 & p a g e I n d e x = 0 & d o c l a n g
=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part= 1&cid=4950313.

JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça. Processo
C-872/19 P, de 22 de junho de 2021. [em linha] Consult. 13 fev. 2022.
Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3461028>.

JURISPRUDÊNCIA. Acórdão Tribunal de Justiça.
Processo n° C-471/18 P. n° 103.[em linha] Consult.
13 fev. 2022. Disponível em: <https://cutt.ly/yVUCYXp>

O direito fundamental das crianças deslocadas ou retidas ilicitamente serem ouvidas

The fundamental right of displaced or wrongfully retained children to be heard

Vivianne Carla de Oliveira Gama Pereira¹

Sumário: 1. O direito fundamental das crianças deslocadas ou retidas ilicitamente serem ouvidas; 2. Regras de cooperação judiciária e de competência internacional em matéria de responsabilidade parental; 3. O caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz; 4. Regulamento (Ue) 2019/1111; Considerações Finais.

Resumo: No espaço de liberdade, segurança e justiça comunitário, o uso dos mecanismos para proteção dos direitos das crianças, inclusive com o uso da tecnologia, revelam-se indispensáveis para o alcance do interesse maior da criança, sob pena de se esvaziar o conteúdo protetivo da norma, em latente prejuízo à criança. Nesse sentido, no Julgamento do caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz, observa-se o descaso dos mecanismos protetivos, a violação do art. 24 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o vício da certidão de execução da ordem de retorno da menor, questões de fundo que deixaram de ser enfrentadas, o que será objeto central de análise neste trabalho, baseado no estudo doutrinário, jurisprudencial e de caso que analisa as regras de cooperação judiciária e de competência internacional em matéria de responsabilidade parental, a importância do TJUE na defesa dos direitos fundamentais, com destaque para o direito da criança ser ouvida.

¹ Mestranda em Ciência Política na Universidade Portucalense. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Agrário. E-mail:vivianne@uol.com.br

Palavras-chave: O direito fundamental das crianças deslocadas ou retidas ilicitamente serem ouvidas; Regras de cooperação judiciária e de competência internacional em matéria de responsabilidade parental; Regulamento (Ue) 2019/1111.

Abstract: In the area of freedom, security and community justice, the use of mechanisms to protect children's rights, including the use of technology, are essential to achieve the best interests of the child, under penalty of emptying the protective content of the norm, in latent prejudice to the child. In this sense, in the *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*, the neglect of the protective mechanisms, the violation of art. 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the defect in the certificate of enforcement of the order for the return of the minor, substantive issues that have not been addressed, which will be the central object of analysis in this work, based on the study of doctrine, jurisprudence and case that analyzes the rules of judicial cooperation and international jurisdiction on parental responsibility, the importance of the CJEU in the defense of fundamental rights, with emphasis on the right of the child to be heard.

Keywords: The fundamental right of displaced or wrongfully retained children to be heard; Rules of judicial cooperation and international jurisdiction on parental responsibility; Regulation (EU) 2019/1111.

1. O direito fundamental das crianças deslocadas ou retidas ilicitamente serem ouvidas

O direito das crianças exprimirem livremente a sua opinião em todos os assuntos que as afetam foi reconhecido como um dos princípios gerais da Convenção sobre o Direito das crianças das Nações Unidas.

Princípio orientador, que deve guiar a interpretação e aplicação dos demais preceitos contidos na Convenção.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada na Assembleia Geral, de 20 de novembro de 1989, é o mais elevado tratado internacional destinado a promover os direitos humanos das crianças.

O artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança determina que à criança que é capaz de formar seus próprios pontos de vista deve ver assegurado o direito de ser ouvida e de expressar livremente sua opinião, em assuntos que lhe digam respeito, de acordo com sua idade e nível de maturidade.² O que é reproduzido no art. 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

No âmbito da União Europeia, a Comissão deixou claro o compromisso para promoção dos direitos das crianças com ações específicas, por considerar que as crianças se beneficiam de todos os direitos humanos. “Todavia, é fundamental que os direitos da criança sejam objecto de reconhecimento distinto, dado constituírem um conjunto de preocupações específicas, não devendo ser assim meramente inseridos nos esforços mais latos de defesa sistemática dos direitos humanos em geral.”³

E ressalta a importância de respeito aos direitos fundamentais em todas as acções que adopte no âmbito das suas competências, no termos do do n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia (TUE), nomeadamente, os direitos consagrados na CEDH, que contém disposições relativas aos direitos da criança, bem como as disposições da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a Carta dos Direitos Fundamentais.

Apesar das citadas bases jurídicas, o Comitê para os Direitos da Criança das Nações Unidas anotou em seu Comentário Geral ao artigo 12.º da Convenção que, muito embora algum progresso tenha sido alcançado no aumento da participação das crianças, continua a haver uma forte resistência para implementação do

2 Convenção sobre os Direitos da Criança. [em linha] [consult. 10 Mar. 2022]. Disponível em: <https://www.unicef.org/>.

3 Comunicação da Comissão Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança, documento COM 92006)367 final p.3,1.2 e 1.3.

direito da criança a ser ouvida.⁴

Nesse sentido, importante que sejam conferidos mecanismos legais que tornem obrigatório esse direito nos processos judiciais de responsabilidade parental que afetem as crianças, levando-se em conta a sua idade, grau de entendimento e maturidade, para que efetivamente seja garantido o melhor interesse da criança.

A respeito, Psicólogos destacam a posição de Thèry, no sentido jurídico, de que o direito de opinião concedido à criança não é um verdadeiro direito, na medida em que, se o juiz decide não a ouvir, não existem mecanismos legais para alterar essa decisão e se fazer valer tal direito. O qual Conclui, portanto, que “... a confusão de direitos tem por efeito naturalizar os direitos que não se apresentam como direitos fundamentais da pessoa humana”.⁵

2. Regras de cooperação judiciária e de competência internacional em matéria de responsabilidade parental

O art. 81º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece a política de cooperação judiciária em matéria civil, que visa concretizar o espaço de liberdade, segurança e justiça, para a livre circulação entre as pessoas.⁶

Esta política tem como escopo garantir que as divergências entre os sistemas judiciários e as ordens jurídicas dos Estados -

4 SERAFIM, Renata Nápoli Vieira. As Recomendações do Comitê Para os Direitos da Criança, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989): Uma Análise da sua aplicação nas Políticas Públicas Brasileiras. Dissertação de Mestrado, Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC programa de pós-graduação em direito, Criciúma - SC, Brasil, 2018. [em linha] [consult. 01 Mar.2022]. Disponível em <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6760/1/Renata%20N%20%a1poli%20Vieira%20Serafim.pdf>

5 BRITO, Leila., Ayres, Lygia., Amen, Marcia. A escuta de crianças no sistema de justiça. In: *Psicol. Soc.* 18 (3) • Dez 2006 [em linha] [consult. 30 Marc.2022] •Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822006000300010>.

6 TFUE Art. 81. A União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, assente no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais. Essa cooperação pode incluir a adoção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. [em linha] [consult. 25 fev. 2022]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>.

Membros não limitem o acesso à justiça e o exercício dos direitos, facilitando a resolução dos litígios transnacionais na União Europeia.

7

Para tanto, o Regulamento Bruxelas II bis, dispõe que a Comunidade deve adotar, nomeadamente, medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil necessárias para o correto funcionamento do mercado interno.⁸

O regulamento Bruxelas II bis unifica as regras de competência internacional e de execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, o qual completa e prevalece sobre a Convenção de Haia no âmbito do espaço comunitário.

Seguindo a linha do estabelecido na Convenção de Haia, o Regulamento determina que os tribunais do Estado onde a criança tinha a residência habitual imediatamente antes da deslocação/ retenção ilícitas continuam a ser competentes nos casos de rapto de crianças, o que ficou muito claro na decisão do TJUE em destaque.

Nos termos do ar.3º da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 25 de outubro de 1980, com entrada em vigor internacionalmente em 1º de dezembro de 1983, ocorre a deslocação ou a retenção ilícita de uma criança quando tenha sido efetivada em violação de um direito de custódia atribuído, pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção.⁹

7 Gonçalves, Anabela Susana de Sousa. Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A Mudança de Paradigma. Coimbra: Almedina, 2013, 106-127.

8 REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DO CONSELHO. A Comunidade Europeia fixou o objectivo de criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça em que será garantida a livre circulação das pessoas. Para o efeito, a Comunidade deve adoptar, nomeadamente, medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil necessárias para o correcto funcionamento do mercado interno. [em linha] [consult. 05 Mar. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>.

9 Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças. [consult. 05 Mar. 2022] Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/>.

A Convenção de Haia fundamenta-se no princípio do interesse superior da criança e extrai-se da leitura do seu preâmbulo o objetivo de proteger a criança dos efeitos prejudiciais resultantes de uma mudança de domicílio ou de uma retenção ilícitas, estabelecendo formas que garantam o regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual, a fim de evitar a consolidação legal de situações ilícitas.¹⁰

Na mesma linha, o Regulamento Bruxelas no seu artigo 11.º, n.º 1¹¹, estabelece que as crianças ilicitamente deslocadas ou retidas devem regressar sem demora ao seu país de residência habitual, e o tribunal do país de onde a criança foi deslocada deve ordenar o seu regresso no prazo de seis semanas a contar da data em que foi apresentado o pedido de regresso, questões relativas à custódia e às visitas devem ser decididas pelo tribunal competente do local da residência habitual do lugar da criança.

Nos termos do Regulamento Bruxelas II bis, o Estado de residência habitual continua a ser competente para apreciar o mérito do litígio relativo à guarda da criança, mesmo após uma decisão de retenção ter sido proferida em aplicação do artigo 13.º, alínea b, da Convenção de Haia.¹²

Entretanto, essa obrigação de retorno da criança não é absoluta, sob pena de se frustrarem os próprios direitos e interesses da criança.

O Regulamento Bruxelas II bis deve ser interpretado em conformidade com as disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o artigo 24.

10 Preâmbulo da Convenção de Haia. [em linha] [consult. 04 Mar. 2022]. Disponível em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text>.

11 REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DO CONSELHO, [consult. 04 Mar. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>.

12 REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DO CONSELHO, art 11.º, n.6 a 8, [consult. 04 Mar. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>.

3. O caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz

Na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em matéria de cooperação judiciária cível e direitos fundamentais da criança, chama atenção o caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz, 22 de dezembro de 2010, processo C-49110 PPU.¹³

O pedido de decisão prejudicial teve por objeto a interpretação do Regulamento (CE) n.º2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, em que há alegação de violação ao seu artigo 42.º, interpretado em conformidade com o artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais, relativo ao direito fundamental da criança ser ouvida.

Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe J. A. Aguirre Zarraga a S. Pelz a propósito do regresso a Espanha da filha de ambos, Andrea, que se encontrava na Alemanha com a mãe.

Andréia estava residindo com o pai na Espanha, conforme decisão judicial em processo de guarda, e a filha teria ido passar férias com a mãe na Alemanha, local no qual residia com seu novo marido, e lá permaneceu mesmo após o término das férias de verão. Desde então não regressou ao domicílio do pai na Espanha.

Na Alemanha o pai J. A. Aguirre Zarraga solicitou o regresso da sua filha a Espanha, com fundamento na Convenção de Haia de 1980, o qual fora acolhido, porém, em decisão de recurso interposto pela mãe S. Pelz, o Tribunal Supremo Regional de Celle deu provimento a este recurso, com base no artigo 13.º, segundo parágrafo, da Convenção de Haia de 1980.

13 Cfr. Acórdão Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz, de 22 de dezembro de 2010, processo C-49110 PPU. [em linha] [consult. 25 fev. 2022]. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=83464&doclang=PT>.

O Tribunal alemão salientou que procedeu à audição de Andrea, a qual se opunha de maneira persistente ao regresso pedido pelo seu pai e se recusava categoricamente a voltar a Espanha. Na sequência, o perito nomeado pelo Tribunal concluiu que a opinião de Andrea devia ser tomada em conta atendendo tanto à sua idade como ao seu grau de maturidade.

Outro processo perante os tribunais alemães foi desencadeado com base numa certidão emitida em 5 de Fevereiro de 2010 em aplicação do artigo 42.º do Regulamento n.º2201/2003, pelo juízo espanhol com base na sentença de divórcio que tinha proferido em 16 de Dezembro de 2009, na qual tinha igualmente decidido sobre o direito de guarda relativo a Andrea, para execução imediata com base no § 44, n.º3, da Lei relativa à execução e à aplicação de certos instrumentos legais em matéria de direito internacional da família.

A mãe opôs-se à sua execução coerciva, pedindo que a mesma não fosse reconhecida, pedido acolhido com base na falta de oitiva de Andrea, tendo o pai recorrido para que fosse executada de pleno direito na parte em que ordenava o regresso de Andrea ao domicílio do pai.

O Tribunal alemão considerou que a sentença que determinou o direito de guarda não teve opinião da criança, tampouco os esforços do juiz espanhol para ouvir Andrea foram insuficientes atendendo à importância concedida à tomada em consideração da opinião da criança pelo artigo 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, e acresce que a certidão do Julgado de Primeira Instância e Instrucción n.º 5 de Bilbao de 5 de Fevereiro de 2010, comporta uma declaração manifestamente falsa, na medida em que indica que Andrea foi ouvida pelo referido tribunal espanhol, quando a verdade é que não o foi.

Assim, o Tribunal requerido (alemão) questiona a sua competência para recusar a execução da referida decisão em caso de violação grave dos direitos da criança e se está obrigado a

executar essa decisão mesmo quando o tribunal do EstadoMembro de origem emitiu, nos termos do artigo 42.º do Regulamento [n.º 2201/2003], uma certidão que, como resulta dos autos, é manifestamente inexata.

O TJUE considerou que a audição de uma criança não é um direito absoluto, mas que, se um tribunal entender que ela é necessária, deve oferecer à criança uma oportunidade real e efetiva de exprimir a sua opinião e que sejam postos à sua disposição os procedimentos e condições legais que lhe permitam exprimir livremente a sua opinião. É igualmente necessário que o tribunal tome todas as medidas adequadas para organizar essas audições, tendo em conta o interesse superior da criança e as circunstâncias de cada caso específico.

Todavia, o TJUE deliberou que as autoridades do país para onde a criança tinha sido levada não podiam opor-se ao seu regresso invocando uma infração ao direito a ser ouvida no país de origem e decidiu que a competência para analisar tal violação, bem como eventual violação do artigo 42.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003, é exclusiva dos tribunais do Estado - Membro de origem que proferiu a decisão, e que o juiz do EstadoMembro de execução não se pode opor ao reconhecimento e à execução da referida decisão, atendendo à certidão emitida pelo referido tribunal do EstadoMembro de origem.

O que se apresenta em descompasso à posição de vanguarda do TJUE na evolução dos Direitos Fundamentais na União Europeia, retratada na sua jurisprudência, cujo controle mesmo antes da edição de normas de Direitos fundamentais no seio comunitário, compreendeu a necessidade de interpretar e julgar as questões de interesse económico não apenas à luz do direito comunitário, mas conjugado ao respeito aos princípios e direitos fundamentais internacionais existentes, demonstrando sua relevância para o

encontro da decisão mais justa a ser adotada no caso concreto.¹⁴

Logo, diante das especificidades do caso, o TJUE deveria ter decidido de forma excepcional, com autorização para utilização dos meios de prova necessários à defesa e proteção da dignidade da criança e seu interesse superior, ouvida pelo tribunal Alemão, tendo como prioridade a opinião da criança, inclusive atestada por perito oficial.

De acordo com o disposto no item 20 do preâmbulo do Regulamento Bruxelas, pode ser feita a audição de uma criança num outro Estado-Membro segundo as regras previstas no Regulamento (CE) n. 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, sobretudo na situação em questão, de forma a prevenir o retorno coercitivo e prejudicial à criança.¹⁵

O interesse superior da criança é princípio fundamental e norteador de todo procedimento previsto nos instrumentos reguladores em defesa dos direitos das crianças.

O Comentário Geral n.º 14 (2013) elaborado pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, ensina que o termo “interesse superior da criança” possui uma natureza tripla.

O termo engloba: Um direito substantivo, segundo o qual, frente a inúmeros interesses, o interesse da criança seu seja considerado prioridade, assim como que este direito seja sempre aplicado quando uma decisão afetar a criança, sendo esta uma obrigação dos Estados, conforme o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança; um princípio jurídico fundamentalmente: deve ser considerada a interpretação que melhor atenda ao superior interesse da criança; e uma regra processual: quando o

14 GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. A evolução da proteção dos direitos fundamentais no espaço comunitário. In: CARTA de direitos fundamentais da EU. Coimbra: Coimbra, 2001. P. 17-38.

15 Regulamento Bruxelas II bis (CE) n.2201/2003, [em linha] [consult. 31 Mar. 2022] disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=PT>.

tribunal estiver perante uma decisão que envolva uma criança, deve ser realizada uma avaliação dos possíveis impactos, positivo ou negativo, da decisão sobre a criança, devendo esta ser bem fundamentada, indicando qual o superior interesse aplicado, os critérios que foram utilizados para determinar este interesse e como foi feita a análise do interesse superior relativamente a outras considerações.¹⁶

Assim, o melhor progenitor como residente será aquele que atende a esses parâmetros, que não põe em perigo a vida, a saúde física ou mental dos filhos.

No acórdão em questão, a execução do retorno coercitivo prevaleceu mesmo quando o Tribunal Alemão afirmou que a criança havia sido ouvida e manifestado o seu desejo persistente de viver com a mãe, e se recusava categoricamente a voltar a Espanha, tendo o perito nomeado por esse tribunal concluído que a opinião de Andrea devia ser tomada em conta atendendo tanto à sua idade como ao seu grau de maturidade.

Além disso, o Tribunal demonstrou que a certidão para execução continha informação falsa de que a menor já havia sido ouvida, restando evidente a quebra do princípio da confiança mútua no procedimento.

16 Comentário Geral n.º 14 (2013). “a) Um direito substantivo: as crianças possuem o direito de que, frente a inúmeros interesses, o seu seja considerado como prioridade, assim como que este direito seja sempre aplicado quando uma decisão afetar a criança, sendo esta uma obrigação dos Estados, conforme o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança;

b) Um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo: diante de mais de uma interpretação sobre uma disposição jurídica, deve ser considerada a interpretação que melhor atenda ao superior interesse da criança; e

c) Uma regra processual: quando o tribunal estiver perante uma decisão que envolva uma criança, deve ser realizada uma avaliação dos possíveis impactos, positivo ou negativo, da decisão sobre a criança, devendo esta ser bem fundamentada, indicando qual o superior interesse aplicado, os critérios que foram utilizados para determinar este interesse e como foi feita a análise do interesse superior relativamente a outras considerações. Baseando-se no princípio do superior interesse da criança, deve-se observar alguns critérios que têm respaldo constitucional e legal.” [em linha] [consult. 28 Fev. 2022] Disponível em: <https://www.cnpdpj.gov.pt/direitos-dascrianças/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca-pdf.aspx>.

De acordo com o princípio da confiança mútua, os sistemas jurídicos dos Estados-Membros devem proporcionar uma proteção eficaz e equivalente dos direitos fundamentais.¹⁷

E neste caso, havendo indícios de vício na certidão de execução conforme informado, seria hipótese prevista no art.42, do Regulamento e, portanto, a certidão perderia sua condição de exigibilidade nos termos do seu item 2, letra a, que condiciona a sua validade à oitiva da criança.¹⁸

O compromisso assumido pelos Estados-partes na Convenção de Haia, foi estabelecer um regime internacional de cooperação, envolvendo autoridades judiciais e administrativas, com o objetivo de localizar a criança, avaliar a situação em que se encontra e, só então, restituí-la, se for o caso, ao seu país de origem, buscando-se a todas as luzes, apenas e tão-somente atender ao bem-estar e ao interesse do menor.¹⁹

Portanto, se constato por perito nomeado que a criança possui maturidade para opinar, e mesmo assim a competência para

17 (21) O reconhecimento e a execução de decisões proferidas num Estado-Membro têm por base o princípio da confiança mútua e os fundamentos do não-reconhecimento serão reduzidos ao mínimo indispensável. REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DO CONSELHO, [em linha] [consult. 25 Mar. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>.

18 Artigo 42º Regresso da criança 1. O regresso da criança referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 40.º, resultante de uma decisão executória proferida num Estado-Membro é reconhecido e goza de força executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, se essa decisão tiver sido homologada no Estado-Membro de origem, nos termos do n.º 2. Mesmo se a legislação nacional não prever a força executória de pleno direito de uma decisão que exija o regresso da criança previsto no n.º 8 do artigo 11.º, o tribunal pode declarar a decisão executória, não obstante qualquer recurso. 2. O juiz de origem que pronunciou a decisão referida na alínea b) do n.º 1 do artigo 40.º só emite a certidão referida no n.º 1, se: a) A criança tiver tido oportunidade de ser ouvida, excepto se for considerada inadequada uma audição, tendo em conta a sua idade ou grau de maturidade; b) As partes tiverem tido a oportunidade de ser ouvidas; e c) O tribunal, ao pronunciar-se, tiver tido em conta a justificação e as provas em que assentava a decisão pronunciada ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980. [em linha] [consult. 25 Mar. 2022]. Disponível em: [REGULAMENTO \(CE\) N.º 2201/2003 DO CONSELHO](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT), Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>.

19 Preâmbulo da Convenção de Haia. [em linha] [consult. 12 Fev. 2022] Disponível em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>.

apreciação das alegações de recusa fora concedida ao Tribunal de origem, após o retorno coercitivo da criança, o bem estar e o interesse da menor não parecem ter sido levados em conta como determina a Convenção.

Estando bem explicada, a exceção deve ser acolhida para recusa de envio, desde que ouvida e garantida a segurança da menor diante dos fatos do caso concreto, sob pena de injustiça e sacrificio da menor em prol da primazia da aplicação fria da lei processual, com afastamento de direito fundamental.

4.Regulamento (UE) 2019/1111

Em 2016 houve a Proposta de Reformulação do Regulamento de Bruxelas II bis, que foi aprovada em junho de 2019 sob o Regulamento (UE) 2019/1111, com o objetivo de aprimorar estas regras, tornando os processos mais céleres, eficientes e transparentes, e que será aplicável a partir do dia 1.º de agosto de 2022¹³, de acordo com o artigo 105.º, revogando o Regulamento (CE) 2201/2003 (art. 104.º).²⁰

Com destaque para o âmbito de superior interesse da criança (Considerando n.º 19), o Regulamento reformulado dá uma atenção especial à audição da criança, conforme as circunstâncias de cada caso, devendo o tribunal tomar todas as medidas a fim de oferecer à criança a oportunidade de expressar suas opiniões (Considerando n.º 39 e artigo 21.º), documentando as considerações da oitiva da criança na decisão, estando de acordo com a Convenção dos Direitos da Criança e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Todavia, o Regulamento apenas afirma que a criança deve

20 Comissão Europeia. Adoção de novas regras para melhorar a proteção das crianças no contexto de litígios parentais transnacionais. REGULAMENTO (UE) 2019/1111 Do CONSELHO, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (reformulação) [em linha] [consult. 05 Abr. 2022]. Disponível em: <https://europa.eu/rapid/press-release>.

ser ouvida, mas o procedimento é determinado pela lei do Estado Membro do tribunal.

De qualquer forma, ressoa o caráter obrigatório da escuta, e esta é a melhor interpretação a ser dada diante da fragilidade do titular do direito, em consonância com o artigo correlato da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU.²¹

Em conformidade com o Considerando n.º 39. Relativamente à matéria de responsabilidade parental, excepcionalmente, é possível que haja a recusa no reconhecimento destas decisões, como no caso do regresso da criança ao Estado Membro onde residia habitualmente antes da retenção ilícita, como, por exemplo, quando a decisão ferir o superior interesse da criança (art.39).

Neste sentido, o artigo 56.º, n.º 4, afirma que é possível suspender o processo de execução da decisão se houver graves riscos de danos físicos ou psicológicos à criança em razão de circunstâncias temporárias que tenham surgido após a decisão ter sido proferida ou em razão de qualquer outra mudança circunstancial, mas que, logo findas tais circunstâncias, a execução deve prosseguir. Porém, se o grave risco perdurar por muito tempo, a autoridade competente em matéria de execução ou o tribunal pode solicitar a recusa da execução da decisão (art. 56.º, n.º 6), ou seja, ao contrário do Regulamento atual, que impõe a execução automática da decisão de retorno emitida pelo tribunal da residência habitual (art. 11.º, n.º 6 a 8) que resulta do artigo 42.º.

Assim, a suspensão ou recusa da execução da decisão de retorno da criança é positiva, pois tem como principal objetivo o

21 . REGULAMENTO, ref.19, Art. 21: 1. No exercício da sua competência ao abrigo da secção 2 do presente capítulo, os tribunais dos Estados-Membros devem, em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais, dar a uma criança que seja capaz de formar as suas próprias opiniões a oportunidade real e efetiva de as expressar, diretamente ou através de um representante ou de um organismo adequado. 2. Se o tribunal, em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais, der à criança a oportunidade de expressar as suas opiniões nos termos do presente artigo, deve ter devidamente em conta as opiniões da criança, em função da sua idade e maturidade. [consult. 05 Abr. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1111&from=PT>

superior interesse da criança.

Em síntese, consoante o considerando 3 do Regulamento 2019/1111, a reformulação normativa veio valorizar a confiança recíproca nos respetivos sistemas de justiça, sendo necessário o reforço dos direitos das pessoas, em especial das crianças, no âmbito dos processos judiciais.²²

Considerações Finais

No âmbito da responsabilidade parental é necessário avançar em ações positivas destinadas a salvaguardar e promover o direito das crianças, apresentando-se o Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, que entrará em vigor em agosto deste ano, um grande passo, com processos de regresso mais rápido e eficiente, de custo reduzido, regras mais claras e reforço na cooperação jurisdicional internacional especializada.

A melhor interpretação consiste na obrigatoriedade do direito da criança ser ouvida nos processos judiciais de responsabilidade parental, levando-se em conta a sua idade, grau de entendimento e maturidade, para que efetivamente seja garantido o melhor interesse da criança.

Nesse cenário, o papel do TJUE seguindo sua tradição na defesa dos direitos fundamentais é crucial no controle dos avanços, preservando a cooperação e o princípio da confiança mútua, visando o superior interesse da criança, norteador dos diplomas internacionais e comunitários sobre o tema.

22 REGULAMENTO, ref.20. (3) O funcionamento correto e harmonioso de um espaço de justiça da União, respeitador dos diferentes sistemas jurídicos e tradições dos Estados-Membros, é crucial para a União. Neste contexto, é necessário reforçar a confiança recíproca nos respetivos sistemas de justiça. A União fixou o objetivo de criar, manter e desenvolver um espaço de liberdade, de segurança e de justiça em que a livre circulação das pessoas e o acesso à justiça serão garantidos. A fim de alcançar esse objetivo, deverão ser reforçados os direitos das pessoas, em especial das crianças, no âmbito dos processos judiciais, de modo a facilitar a cooperação entre as autoridades judiciais e administrativas, assim como a execução das decisões judiciais em matéria de direito da família que tenham implicações transfronteiriças. Deverá ser promovido o reconhecimento mútuo das decisões proferidas em matéria civil, simplificado o acesso à justiça e melhorado o intercâmbio de informações entre as autoridades dos Estados-Membros.

Referências Bibliográficas

ALVES, Dora Resende. “As crianças devem sempre ser ouvidas” ou da necessidade de um Provedor da Criança. 2016. Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/2649>.

BRITO, Leila., Ayres, Lygia., Amen, Marcia. A escuta de crianças no sistema de justiça. In: *Psicol. Soc.* 18 (3) • Dez 2006 [em linha] [consult. 30 Marc.2022] •Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822006000300010>.

ALVES, Dora Resende; CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.), *Cidadania, justiça e controle social* [em linha] (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível no Repositório da UPT em <http://hdl.handle.net/11328/1461>

ALVES, Dora Resende; CASTILHOS, Daniela. “Surgimento e afirmação dos textos europeus de defesa dos direitos das crianças” in *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação: Jorge Miranda, Jose Luis Bolzan, Saulo Tarso Rodrigues e Nuria Belloso Martín. Brasil: Editora Juruá, Curitiba, 2016. ISBN 978-85-362-5566-8.

CASTILHOS, Daniela Serra; PACHECO, Fátima; BARATA, Mario. Comentário ao Processo C-324/17, Gavanozov, 24 de outubro de 2019: O princípio do reconhecimento mútuo versus Direitos Fundamentais. *Revista Jurídica Portucalense*, 2020, 28, 30-58. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em: Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/3308>

Comentários a Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980, [em linha] [consult. 20 Mar. 2022] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS Bruxelas, 4.7.2006 COM(2006) 367 final [em linha] [consult. 20 Mar. 2022] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0367&from=PT>.

DIAS, Maria Berenice Dias. Manual de Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II bis. In: GONÇALVES, Rúben Miranda. Cadernos de Derecho Transnacional. 2015. [em linha] [consult. 10 Mar. 2022] Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/43/37>. Acesso em 10/02/2019.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. A evolução da proteção dos direitos fundamentais no espaço comunitário. In: CARTA de direitos fundamentais da EU. Coimbra: Coimbra, 2001. P. 17-38.

PEREIRA, Rui Alves. Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos - O princípio da audição da criança, in Revista Julgar. Coimbra, 2015. [em linha] [consult. 09 Mar. 2022] Disponível em: <http://julgar.pt/por-uma-cultura-da-crianca-enquanto-sujeito-de-direitos-o-principio-da-audicao-da-crianca/>

SERAFIM, Renata Nápoli Vieira. AS RECOMENDAÇÕES DO COMITÊ PARA OS DIREITOS DA CRIANÇA, DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (1989): UMA ANÁLISE DA SUA APLICAÇÃO

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças. Coimbra: Almedina, 2014.

A Equiparação das Condições de Trabalho e a Igualdade Salarial entre Homens e Mulheres: Breve Análise a partir da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

The Equalization of Working Conditions and Equal Pay between Men and Women: a brief analysis based on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

Carolina Santos Lima¹

Adrícia Maria Ribeiro Santos²

Sumário: 1. Introdução; 2. Análise de Decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia; 2.1. Caso Gabrielle Defrenne (Processo C-43/75); 2.2. Caso Bilka (Processo C-170/84); 2.3. Caso Dekker (Processo C-177/88); 2.4. Caso Kalankee (Processo C-450/93); 2.5. Caso Marschall (Processo C-409/94); 3. Considerações Finais.

Resumo: O direito não discriminatório faz parte dos direitos sociais incorporados à Comunidade Europeia (C.E.). Já o direito das mulheres ganhou força a medida em que elas foram conquistando espaços na sociedade, vindo, posteriormente, a também ser enfrentado pela C.E. que não ficou à margem das mudanças. O presente estudo demonstra de que forma se deu a construção jurisprudencial no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) acerca da junção desses dois direitos, demonstrando o grau evolutivo da aplicabilidade nas empresas de uma maior igualdade entre gêneros. Analisam-se alguns casos marcantes enfrentados

1 Advogada Criminalista. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade Portucalense. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo IBCCRIM. Pós-graduada em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: carolsl2003@hotmail.com

2 Advogada. Servidora Pública Federal. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade Portucalense. E-mail: adriciaribeiros@outlook.com

pelo TJUE: Gabrielle Defrenne (ex-comissária de bordo) vs. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena e seus desdobramentos, seguidos de alguns outros casos marcantes que abordaram a temática ao longo dos anos. Por fim, discute-se esse direito na atualidade na União Europeia: seus avanços até aqui e os desafios que ainda devem ser enfrentados.

Palavras-chave: Equiparação Salarial; Gêneros; Igualdade de Gêneros; União Europeia; Tribunal de Justiça da União Europeia.

Abstract: Non-discriminatory law is part of the social rights incorporated into the European Community (C.E.). On the other hand, women's rights gained strength as they conquered spaces in society, later also being faced by the C.E., which was not left out of the changes. The present study demonstrates how the jurisprudential construction took place in the Court of Justice of the European Union (CJEU) about the junction of these two rights, demonstrating the evolutionary degree of applicability in companies of greater equality between genders. Some outstanding cases faced by the CJUE are analysed: Gabrielle Defrenne (former flight attendant) vs. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena and its developments, followed by some other outstanding cases that have approached the theme over the years. Finally, this right is discussed today in the European Union: its advances so far and the challenges that still need to be faced.

Keywords: Salary Matching; Genres; Gender Equality; European Union; Court of Justice of the European Union.

1. Introdução

O princípio da igualdade, em razão da sua importância, encontra-se reconhecido em diversas fontes internacionais e nacionais das quais citamos, como exemplo, o artigo 7.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigo 14.º da

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 14º); artigos 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; entre outras.

Embora seja um princípio que alcance diversas dimensões que têm, cada qual, a sua especial relevância, no presente trabalho trataremos sobre as questões relacionadas à igualdade de gênero e, especificamente, acerca da igualdade entre homens e mulheres no ambiente laboral.

Trata-se, como se sabe, de um tema muito relevante no cenário internacional. Todos – ou quase todos – os Estados têm criado cada vez mais novas normas que garantem maior proteção e igualdade entre os gêneros, da mesma forma em que importantes organizações governamentais vêm investindo em campanhas e movimentos sociais em prol das mulheres.

Foi no século XX, a partir do fortalecimento do movimento feminista, que muitas mudanças aconteceram no mundo e a luta das mulheres pela defesa pela igualdade entre homens e mulheres passou a ser vista pela sociedade.

Contudo, este processo de mudança foi e é lento, pois envolve a quebra de paradigmas, a revisão de conceitos, e a adoção de uma nova postura e mentalidade e, infelizmente, conceitos e valores preconceituosos enraizados na sociedade não desaparecem de forma tão fugaz.

Dentro desse cenário de luta estão inseridos os debates acerca das soluções que devem ser encontradas para combater as desigualdades entre os sexos que ocorrem no âmbito do mercado de trabalho.

No contexto internacional que envolve o tema, a União Europeia exerce grande influência, pois trata-se de uma organização com relevância continental e internacional, cujos Estados-Membros devem adequar suas normas internas com o direito comunitário em vigor. Essa “obediência” à norma comunitária aplica-se obviamente

às normas trabalhistas.

Comentando sobre a importância da União Europeia no tema em debate, Fernanda Barreto Picanço destaca que as mulheres procuram a igualdade de tratamento e oportunidades, sendo que, no caso europeu, a Comunidade Europeia expandiu os seus objetivos, adicionando nos seus Tratados a constituição de direitos sociais voltados para a integração económica e mercantil, bem como a proibição da discriminação entre homens e mulheres³.

Com efeito, a evolução sobre igualdade de gênero no direito originário da União Europeia tem seu embrião no Tratado de Roma (1957) e, segundo observa Cristiane Böell, foi construída mediante relações de tensão entre a integração do mercado a nível comunitário e a ideia de uma Europa social⁴.

O Tratado de Roma já previa no artigo 119.º que os Estados-Membros deveriam garantir a aplicação do princípio de igualdade de ordenado entre homens e mulheres. Em adição, inúmeros outros instrumentos internacionais e nacionais dos Estados-Membros também previam a defesa deste princípio, principalmente em relação à equiparação salarial. Cita -e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Económicos e Culturais (PIDSEC)⁵, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Contra as Mulheres⁶, entre outros.

Neste grande contexto, identifica-se o princípio da igualdade de remuneração entre os gêneros por trabalho igual como sendo um pilar essencial e indispensável do acervo constitucional comum

3 PICANÇO, Fernanda Barreto. O Enfrentamento da União Europeia nos Debates Acerca da Discriminação do Gênero Feminino. Tese de Doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: Universidade de Coimbra.

4 BÖELL, Cristiane Rosália Maestri. Constitucionalismo, Igualdade e Não Discriminação Entre Homens e Mulheres na União Europeia e no Brasil [em linha]. Dissertação de Mestrado. Santa Catarina: Universidade do Vale do Itajaí, 2021, p. 71. Disponível em: Universidade do Vale do Itajaí.

5 Lei n.º 45/78. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1978-07-11, n.º 157, pp. 1280-1290. Disponível em: Lei n.º 45/78.

6 Lei n.º 23/80. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980-07-26, n.º 171/1980, 1870 - 1882. Disponível em: Lei n.º 23/80.

européu. Este princípio encontra amparo nos artigos 153.º e 157.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁷, que estabelecem a igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho, e assegura a aplicação do princípio da igualdade salarial entre trabalhadores dos diferentes sexos⁸.

De acordo com Daniela Serra Castilhos, Dora Resende Alves e Isabela Botelho, “atualmente, com a evolução das instituições europeias, foram acrescentados novos números a redação de 1957 e, com todas as alterações até o Tratado de Lisboa em 2007, agora o preceito vem prescrito em outro artigo. A numeração é nova, porém o dever de prosseguir o preceito é o mesmo: devem o Parlamento e o Conselho deliberar de acordo com o processo legislativo ordinário e adotar medidas destinadas a garantir a aplicação destes dois princípios.”⁹

Para além das normas internacionais, prestamos atenção para as decisões proferidas no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que têm extrema relevância na efetivação de direito, na medida em que a jurisprudência solidificou os esforços para promover a igualdade salarial, bem como a proteção de outros direitos laborais.

A análise do posicionamento do TJUE parte da decisão paradigma proferida no caso *Gabrielle Defrenne vs. Sociéte anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Observa-se que Gabrielle Defrenne abriu um precedente com a sua ação, porque fez a Comunidade Europeia perceber que mesmo existindo igualdade salarial, ainda persistiam outras formas de discriminação que precisavam ser combatidas.. Este caso impulsionou os Estados a

7 Tratado de Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, C 326 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2012-10-26, pp. 47-390. Disponível em: Tratado de Funcionamento da União Europeia.

8 BÖELL, Cristiane Rosália Maestri, ref. 3.

9 CASTILHOS, Daniela Serra, ALVES, Dora Resende, BOTELHO, Isabella de Mello. O acesso a condições de trabalho equitativa em perspectiva de género: análise das alterações legislativas na União Europeia. *Quaestio Iuris*, 2020, vol. 13, n.º 3, pp. 1162 -1190. DOI: 10.12957/rqi.2020.45898. Disponível em: *Quaestio Iuris*.

realizarem alterações na legislação sobre o tema.

E foi a partir deste precedente que o princípio da igualdade e da não discriminação em razão do sexo no mercado de trabalho ganhou força no TJUE. O Tribunal concentrou-se mais nas necessidades particulares específicas das mulheres e adotou medidas para eliminar as diferenças que as prejudicavam no mercado de trabalho.

Para além do caso Gabrielle Drefenne, outros precedentes serão analisados no presente trabalho, pois também tiveram um papel importante na evolução da legislação na equiparação dos direitos laborais entre homens e mulheres.

2. Análise das Decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia

A jurisprudência teve papel fundamental na evolução do conceito de igualdade de gênero na União Europeia. Tendo como limite a análise da temática no TJUE, não se descarta que as resoluções, recomendações, diretivas e programas sobre o assunto também foram responsáveis pela construção desse direito no âmbito da U.E.

De acordo com Fernanda Barreto Picanço, “a problemática da igualdade de tratamento e da discriminação tornou-se uma das questões que mais gerou pronunciamentos desde 25 de maio de 1971 até 14 de abril de 2005, são mais de cento e oitenta casos.” Para Picanço “são nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que o acervo jurídico ganha a sua maior contribuição, ocorrendo uma incidência mais efetiva em determinados assuntos e áreas, assim como, podem representar o ponta pé inicial para a implementação de novas medidas.”¹⁰

10 PICANÇO, Fernanda Barreto, ref. 2.

Por outro lado, Marisa Iglesias Vila¹¹ também comenta que a jurisprudência do TJUE tem desempenhado um papel importante como garantidor dos padrões mínimos que a proteção da igualdade efetiva deve cumprir na esfera de competência da UE. Nesse sentido, destaca o papel fundamental que tem desempenhado na construção do conceito de discriminação indireta e sua abrangência em questões como salário, condições de trabalho ou benefícios trabalhistas.

Dentre os acórdãos do Tribunal de Justiça que trataram sobre a questão, serão tema de debate o processo C-43/75, caso Gabrielle Defrenne (ex-comissária de bordo) c. Sabena,¹²; processo C-170/84, caso Bilka - Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz¹³; processo C-177/88, caso E. Dekker c. VJV-Centrum¹⁴; processo C-450/93, caso Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen¹⁵; e processo C-409/95, caso Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen¹⁶.

11 VILA, Marisa Iglesias. Acción positiva y género en la Unión Europea: ¿Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un obstáculo para la acción positiva en Europa? [em linha] In: J. Cruz Parceros y R. Vázquez (eds.), Los derechos de las mujeres en el Derecho internacional [consult. 03 abr. 2022]. México: Fontamara-SCJN, 2010, p. 190. Disponível em: Los derechos de las mujeres en el Derecho internacional.

12 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de Abril de 1976 [em linha]. Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, C-43/75. ECLI:EU:C:1976:56 [consult. 15 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-43/75.

13 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de maio de 1986 [em linha]. Bilka - Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz, C-170/84. ECLI:EU:C:1986:204 [consult. 16 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-170/84.

14 Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de novembro de 1990 [em linha]. Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, C-177/88. ECLI:EU:C:1990:383 [consult. 16 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-177/88.

15 Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de outubro de 1995 [em linha]. Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, C-450/93 de outubro de 1995. ECLI:EU:C:1995:322 [consult. 15 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-450/93.

16 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 11 de novembro de 1997 [em linha]. Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95. ECLI:EU:C:1997:533 [consult. 15 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-409/95.

2.1. Caso Gabrielle Defrenne (Processo C-43/75)

Gabrielle Defrenne era assistente de bordo na empresa belga Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, e foi obrigada a reformar-se aos 40 anos, ao contrário dos trabalhadores do sexo masculino que laboravam na empresa e aposentavam-se com mais idade.

Indignada com o ocorrido, Gabrielle intentou a ação no Tribunal do Trabalho de Bruxelas. Litigava a favor da igualdade salarial entre trabalhadores dos sexos feminino e masculino, ao invocar o artigo 119º do Tratado CEE (Tratado de Roma)¹⁷, requerendo uma indenização contra a empregadora Sabena pelo período trabalhado de 15/02/1963 a 01/02/1966. O Tribunal do Trabalho não deu provimento à ação, porém, submeteu a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Diz-nos Sofia Colares Alves que Gabrielle era “visionária, defendia que a igualdade de tratamento entre trabalhadores homens e mulheres ia para além da questão de salário igual para trabalho igual. Assim estabelecer um limite de idade para a cessação de funções às mulheres, mas não aos homens era uma prática discriminatória e, por se refletir na recompensa recebida, proibida pelo Tratado.”¹⁸

O TJUE julgou a ação em 08 de abril 1976, e considerou que o artigo 119.º do Tratado de Roma era uma regra de caráter especial e, assim, o princípio de igualdade de remunerações entre trabalhadores do sexo masculino e feminino poderia ser invocado perante os órgãos jurisdicionais nacionais e internacionais.

Concluiu-se que a proteção ao direito de igualdade salarial deve ser garantida a todos os trabalhadores que desenvolvam o mesmo trabalho, no mesmo estabelecimento ou serviço, seja ele

17 O artigo 119.º do Tratado de Roma. Cf. Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 1957. Disponível em: Tratado de Roma.

18 ALVES, Sofia Colares. Gabrielle Defrenne, uma das mães da Europa. Eixo Atlântico, 2018. Disponível em: Eixo Atlântico.

público ou privado, e a aplicação do artigo 119.º devia ser totalmente assegurada pelos antigos Estados-Membros a partir de 1 de janeiro de 1962, início da segunda fase do período de transição, e pelos novos Estados-Membros a partir de 1 de janeiro de 1973, data da entrada em vigor do tratado de adesão.

É de observar que a primeira daquelas datas não foi modificada pela resolução dos Estados-Membros de 30 de dezembro de 1961. Salientando-se ainda que a Diretiva n.º 75/117/CEE do Conselho, 10 de fevereiro de 1975, não prejudicou o efeito direto do artigo 119.º, de modo que o prazo fixado por aquela Diretiva não produzia qualquer efeito quanto às datas determinadas.

O acórdão ainda refere que mesmo nos casos em que o artigo 119.º não tenha efeito direto, não poderá interpretar-se no sentido de reservar uma competência exclusiva ao legislador nacional para a execução do princípio de igualdade de remuneração, podendo essa execução resultar, sempre que necessário, do concurso de disposições comunitárias e nacionais.

Entretanto, o acórdão concluiu que o efeito direto do artigo 119.º não poderia ser invocado para justificar reivindicações relativas a remunerações anteriores à data do acórdão (08 de abril de 1976), com exceção para os trabalhadores que já tinham interposto recurso judicial, ou deduzido reclamação equivalente antes da data do acórdão.

Entendemos que Gabrielle Defrenne abriu um precedente com a sua ação, embora não tenha recebido o que lhe era devido por causa da regra da temporalidade.

Gabrielle fez a Comunidade Europeia perceber que persistiam outras formas de discriminação além da desigualdade salarial. No final da década de 70, em decorrência do acórdão, a Comunidade Europeia publicou a Diretiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1978, que obrigou os Estados-Membros a aplicarem o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres

em matéria de segurança social¹⁹.

Desde então, a União Europeia levou a cabo várias ações para eliminar as desigualdades de gênero e promover a igualdade. São exemplos as medidas relativas à licença parental (Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010) ou à igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e na atividade profissional (Diretiva 2006/54/CE do Conselho, de 5 de julho de 2006).

2.2. Caso Bilka (Processo C-170/84)

O Processo C-170/84 tem como partes Bilka - Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz e foi julgado em 13 de maio de 1986.

A senhora Weber von Hartz trabalhou na loja Bilka-Kaufhaus durante 20 (vinte) anos, sendo que ao longo de 5 (cinco) anos ela trabalhou apenas em tempo parcial. Após todos esses anos, a loja alemã recusou-se a pagar pensão à funcionária, alegando que apenas funcionários em tempo integral teriam direito à pensão.

Weber apresentou ação no Tribunal Alemão suscitando violação do artigo 119.º do Tratado de Roma, que, como visto, garante a igualdade de tratamento entre mulheres e homens nas relações laborais, pois na loja Bilka a maioria dos trabalhadores em regime de tempo parcial eram mulheres.

A empresa censurou o argumento citando razões econômicas objetivas para justificar a medida, uma vez que trabalhadores em tempo integral gerariam custos menores e poderiam trabalhar no horário de funcionamento da loja. Portanto, na ótica da empresa, seria justo limitar o pagamento de pensão ao grupo de trabalhadores em tempo integral.

19 CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende e OLIVEIRA, Suzana Massako Hirama Loreto. O efeito direto horizontal das Diretivas e o tribunal de justiça da união europeia [em linha]. Cadernos de Dereito Actual, 2021, n.º 15, pp. 233-253 [consult. 07 abr. 2022]. Disponível em: Cadernos de Dereito Actual

Com efeito, o Tribunal Alemão submeteu questões de direito ao TJUE²⁰, incluindo a questão da interpretação do artigo 119.º do Tratado, questionando-se diretamente se o referido dispositivo poderia ser violado por meio de uma “discriminação indireta” como no presente caso, em que a empresa excluiu trabalhadores que exerciam a jornada em tempo parcial do direito ao recebimento de pensão.

Ou seja, em regra, a motivação da exclusão do benefício não teria sido praticada diretamente em desfavor das mulheres, contudo, na prática, afetaria em sua grande maioria trabalhadoras do sexo feminino.

O acórdão do caso foi proferido em 13 de maio de 1986, oportunidade em que o Tribunal consignou que a exclusão dos empregados a tempo parcial de um regime de pensão de uma empresa pode constituir uma discriminação indireta das mulheres, exatamente nas hipóteses em que a exclusão atingir um número muito mais elevado de mulheres do que de homens, e não for assim objetivamente justificada por fatores independentes de qualquer discriminação baseada no sexo.

Embora o TJUE tenha observado sobre a possível violação ao Tratado de Roma, ressaltou a necessidade de apreciação fática pela Justiça Local.

Ainda que não se considere um desfecho perfeito para o caso, a decisão teve grande importância no cenário da UE, pois o Tribunal se debruçou sobre o tema e efetivamente reconheceu a possibilidade de discriminação indireta.

2.3. Caso Dekker (Processo C-177/88)

O Processo C-177/88 tem como partes Elisabeth Johanna

²⁰ Reenvio Prejudicial previsto nos artigos 93.º a 104.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da União Europeia. Cf. Regulamento de processo do Tribunal de Justiça da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, L 265. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012-09-29, p. 1–42. Disponível em: Regulamento de processo do TJUE.

Pacifica Dekker (E. Dekker) vs. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum).

Em junho de 1981, E. Dekker candidatou-se a uma vaga de emprego no VJV-Centrum e informou a comissão encarregada pelas candidaturas de que estava grávida de três meses. Contudo, embora a comissão tenha compreendido que ela seria, de facto, a candidata mais apta para exercer a função, ela não foi contratada.

A empresa consignou expressamente que a razão pela qual E. Dekker não seria contratada se devia ao facto de ela estar grávida, contudo, a questão envolvia por trás uma problemática acerca do seguro. Isto porque caso a empresa contratasse E. Dekker, a seguradora não a reembolsaria pelos meses em que E. Dekker ficaria afastada durante a sua licença de maternidade. Existia uma regra em que nos primeiros 6 (seis) meses seguintes ao início do contrato de trabalho, o seguro não poderia ser usado para cobrir casos de doenças que já eram conhecidas no momento da contratação, aplicando-se também para os casos de gravidez.

A grande questão do caso envolve a violação direta ou indireta por parte do empregador de normas consignadas na Diretiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, acerca da recusa da celebração de um contrato de trabalho com uma candidata apta para as funções pretendidas, baseando-se no facto de estar grávida no momento da candidatura²¹.

Em 1990, o Tribunal declarou que tanto a recusa de contratar uma mulher devido à sua gravidez, como o despedimento de uma trabalhadora por este mesmo motivo, constituem uma discriminação baseada no sexo e, no caso, houve violação aos artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, da aludida Diretiva 76/207/CEE, que versam sobre o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho.

21 Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de novembro de 1990, ref. 14.

O presente acórdão tem grande relevância, pois foi o primeiro do TJUE a tratar da discriminação direta, que ocorre quando uma pessoa é sujeita a um tratamento menos favorável do que aquele que é dado a outra pessoa que esteja na mesma situação ou em uma situação comparável²².

Ao considerar o prejuízo que fora causado à E. Dekker em razão da sua condição de gravidez, o Tribunal entendeu que houve uma prática de discriminação direta em razão do gênero, sem necessidade de um elemento de comparação adequado, pelo menos no que se refere ao alcance da legislação da União Europeia e no contexto das relações trabalhistas.

O direito comunitário deve proteger a mulher durante o período da gravidez, assegurando o gozo da licença maternidade, ao adotar medidas afirmativas como a tratada no caso acima.

Diversos processos posteriores ampliaram a proteção das mulheres no que se refere aos seus direitos trabalhistas no momento da gravidez. Nesse sentido, o TJUE decidiu, por exemplo, que a não renovação de um contrato de trabalho por tempo determinado é discriminatória se ocorrer em razão de gravidez da trabalhadora (Acórdãos de 4 de outubro de 2001, Jiménez Melgar, C-438/99, e Tele Danmark A/S, C-109/00²³), e o Tribunal também declarou que a demissão de uma mulher grávida, em razão de faltas ocasionadas por uma doença relacionada com a gravidez também é um ato de discriminação baseado no sexo que não pode ocorrer (Acórdão de 30 de junho de 1998, Brown, C-394/96²⁴).

22 Conceito previsto no art. 23º, nº 1, alínea a) do Código do Trabalho (CT). Cf. Lei n.º 7/2009. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009-02-12, n.º 30, pp. 926-1029. Disponível em: Lei n.º 7/2009.

23 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção) de 4 de outubro de 2001 [em linha]. Maria Luisa Jiménez Melgar contra Ayuntamiento de Los Barrios, C-438/99. ECLI:EU:C:2001:509. Disponível em: TJUE - C-438/99.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de março de 2005. Karl Robert Kranemann contra Land Nordrhein-Westfalen, C-109/04. ECLI:EU:C:2005:187. Disponível em: TJUE - C-109/04.

24 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 30 de junho de 1998. Mary Brown contra Rentokil Ltd, C-394/96. ECLI:EU:C:1998:331. Disponível em: TJUE - C-394/96.

2.4. Caso Kalankee (Processo C-450/93)

Os casos Kalankee (1995) e Marschall (1997) trouxeram à tona um importante debate acerca do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres e a adoção de medidas positivas para a o seu alcance. No presente caso, o Tribunal debruçou-se especialmente sobre a validade ou não de norma interna do Estado da Alemanha que previa algum tipo de preferência às mulheres, à luz das normas vigentes no direito comunitário.

O caso Kalanke tem grande importância por ter sido o primeiro grande pronunciamento em relação ao tema, e o caso Marschall por ter uma temática similar, porém uma decisão oposta.

O senhor Kalankee concorria a uma vaga de emprego para cobrir o posto de chefe de departamento, na cidade de Bremen, na Alemanha. Na última fase, concorria com a senhora Glissman, e o comitê responsável pelo processo seletivo entendeu que, embora detivessem a mesma qualificação, a senhora teria preferência, por ser mulher, em conformidade com o artigo 4.º Lei de Land Bremen de 20 de novembro de 1990. Tal norma dizia que, em se tratando de promoção de carreira, deveria ser dada prioridade às mulheres, em igual classificação.

O senhor Kalankee recorreu dessa decisão ao Tribunal Alemão que, por sua vez submeteu a questão ao TJUE questionando se o artigo 2.º, n.º 1, e 4.º, da Diretiva 76/207 /CEE do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, opunham-se aos regulamentos alemães em questão.

O caso foi julgado em 17 de outubro de 1995. Comentando sobre a decisão proferida, Fernanda Barreto Picanço destaca que o TJUE decidiu que a Lei de Land Bremen não estava em consonância com a Diretiva 76/207/CEE, sob os seguintes argumentos: “1) como o artigo 2.º, número 4.º trata-se de uma exceção a um direito individual consagrado na Diretiva, deve ser interpretado de uma

forma restritiva; 2) uma norma nacional que garanta a preferência absoluta e incondicional as mulheres a uma nomeação ou promoção excede uma medida destinada a promover a igualdade de tratamento e excede os limites da exceção prevista no n.º 4 do artigo 2.º da Diretiva; 3) criar um sistema desta natureza, que procura estabelecer uma representação equitativa das mulheres em relação aos homens em todos os níveis, substitui a promoção da igualdade de oportunidades contemplada no n.º 4 do artigo 2.º pelo seu resultado, que só poderia ser alcançada através da aplicação dessa igualdade de oportunidades.”²⁵

A decisão foi bastante criticada tanto por setores feministas que diziam que a ação era uma agressão aos direitos das mulheres, quanto pelos parlamentares, que, na sua maioria discordavam do acórdão. Alfonso Ruiz Miguel salienta que as críticas ao acórdão são aceitáveis, na medida em que a fundamentação do TJUE é débil, cingindo-se a uma interpretação restritiva da lei sem clamar pela proporcionalidade e razoabilidade do texto da Diretiva, além de abster-se de explicar de que forma deveria ser interpretada, apresentando assim um preconceito injustificado contra as medidas de tratamento diferenciado a favor das mulheres²⁶.

De facto, a decisão do Tribunal contém certas contradições, tanto que muitas das questões tratadas ressurgiram ao longo dos debates do caso Marschall.

2.5. Caso Marschall (Processo C-409/94)

O caso Marschall chama a atenção porque, embora também tenha ocorrido na Alemanha, seguiu um caminho oposto ao Caso Kalankee. O senhor Marschall laborava como professor e apresentou sua candidatura a um cargo mais alto, concorrendo com uma mulher. O órgão público de Ansberg decidiu promover

25 PICANÇO, Fernanda Barreto, ref. 2.

26 MIGUEL, Alfonso Ruiz. (). La Discriminación Inversa y el Caso Kalanke [em linha]. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, pp. 134-135. [consult. 15 mar. 2022]. Disponível em: La Discriminación Inversa y el Caso Kalanke

a mulher, embora fossem ambos de mesmo grau e competência.

O Sr. Marschall, então, apresentou queixa ao Tribunal de Anseberg, que submeteu a questão ao TJUE, para determinar se a legislação nacional em questão era compatível com o disposto na Diretiva 76/207/CEE, em paralelismo com o caso Kalanke.

Em 11 de Novembro de 1997, a decisão do Tribunal declarou que a legislação comunitária não se opõe a uma regra interna nacional que dê prioridade à promoção das mulheres nos setores em que elas estejam representadas numa menor proporção que os homens.

Contudo, de acordo com o entendimento exarado pelo Tribunal, essas vantagens não podem ser dadas de forma automática, pois as candidaturas dos homens também precisam ser consideradas. Não podem ser excluídas de imediato.

Fernanda Barreto Picanço destaca dois fundamentos da decisão do TJUE: o primeiro versa sobre a existência de uma cláusula de abertura do artigo impugnado, na medida em que as mulheres têm preferência no cargo em concorrência com homens, sempre e quando tenham a mesma qualificação; e o segundo é o de que a apreciação das candidaturas seria objetiva, tendo em conta os critérios pessoais dos candidatos, sendo que o acórdão em análise refletiu sobre o papel da mulher no mercado laboral, ao entender a concentração das funções exercidas por mulheres em setores inferiores da hierarquia profissional²⁷.

Embora a decisão do caso Marschall esteja mais voltada ao efetivo alcance da igualdade de oportunidade entre homens e mulheres, não se trata de uma decisão isenta de problemas e questões. Como bem observa Rodríguez Piñero, o acórdão enfatizou a flexibilidade da preferência entre candidatos, porém não esclareceu quais seriam os critérios de distinção entre uma seleção fechada ou aberta deles, o que, na visão do autor, concede

27 PICANÇO, Fernanda Barreto, ref. 2, p. 78

um poder discricionário muito amplo aos Estados.²⁸

6. Considerações Finais

Acerca da evolução da proteção do direito de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres nas relações de trabalho, Miguel Poiars Maduro assevera que inicialmente esta desigualdade foi desenvolvida no ponto de vista do mercado laboral, em que o TJUE entendeu como direito fundamental a livre circulação e, por conseguinte, a regulação do mercado interno contribuiu para a constituição do Direito da União Europeia. E foi exatamente a partir das discussões envolvendo direitos e liberdades económicas, que sugeriram, em segundo plano, os direitos sociais.²⁹

Seja como for, nos termos expostos, a base da proteção do direito de igualdade de entre homens e mulheres no mercado de trabalho, encontra previsão legal no artigo 119.º do Tratado de Roma (atualmente trata-se do artigo 157.º, n.º 1, do TFUE), e paralelamente, na jurisprudência emanada pelo TJUE.

No que concerne à igualdade entre homens e mulheres, especialmente o respeito dessa igualdade no ambiente de trabalho, com oportunidades e salários iguais entre os gêneros, o trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia desempenhou um papel muito significativo que pode ser comprovado a partir da apreciação das decisões e dos debates que foram proclamados sobre o tema e expostos no presente artigo.

Da análise dos precedentes destacados, verifica-se que o acórdão do caso Gabriele Defrenne foi pioneiro na sedimentação do entendimento jurisprudencial da aplicação do princípio da igualdade remuneratória entre homens e mulheres, e que tal princípio deve ser aplicado tanto no setor público quanto no privado.

28 PIÑERO, Miguel Rodríguez. Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE. Revista de Relaciones Laborales, 1995, nº 22, p. 102-109.

29 MADURO, Luís Miguel Poiars Pessoa. A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Príncípa, 2006, p. 316.

A atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia foi importantíssima porque não ficou limitada à questão da equiparação salarial entre homens e mulheres. O Tribunal foi além e se debruçou também sobre outras condutas discriminatórias contra a mulher que são tão, ou até mais importantes, que a equiparação salarial. Cita-se, como exemplo, a questão da contratação/demissão de uma mulher grávida, do valor a ser recebido à título de pensão, das oportunidades de promoção, do reconhecimento da discriminação indireta, etc.

Destaca-se ainda a importantíssima mudança de entendimento do TJUE nas decisões proferidas nos casos casos Kalankee e Marschall, que analisaram a validade de uma norma Alemã que estabelecia tratamento preferencial às mulheres para a promoção no trabalho. Enquanto no caso Kalankee o TJUE considerou a norma Alemã ilegal, no julgamento do caso Marschall mudou o seu posicionamento e reconheceu a regularidade da lei.

Em síntese, as decisões analisadas do TJUE consagraram que o artigo 119º do Tratado de Roma tem aplicação a quaisquer formas de discriminação que possam ser verificadas, recorrendo apenas aos critérios de identidade de trabalho e de igualdade de remunerações fixados na norma, sem que haja a necessidade de serem adotadas medidas comunitárias ou nacionais que definam esses critérios para viabilizar a sua aplicação³⁰.

A atualidade e importância do tema é inquestionável, constatando-se que até os dias de hoje vemos inúmeras relações laborais com situações de tratamento desigual, em que a atuação profissional da mulher é fragilizada em razão do sexo.

30 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 31 de março de 1981. J.P. Jenkins contra Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., C-96/80. ECLI:EU:C:1981:80. Disponível em: TJUE - C-96/80.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 9 de fevereiro de 1982. Eileen Garland contra British Rail Engineering Limited., C-12/81. ECLI:EU:C:1982:44. Disponível em: TJUE - C-12/81.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de maio de 1990. Douglas Harvey Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88. ECLI:EU:C:1990:209. Disponível: TJUE - C-262/88.

A discriminação das mulheres no mercado de trabalho vai muito além das oportunidades de terem as mesmas qualificações do que os homens para assumirem um cargo mais alto ou obterem uma promoção. O que ocorre na prática é muito pior, pois mesmo quando a mulher possui a mesma formação e qualificação que um homem, ainda assim tem dificuldade em ser efetivamente escolhida para um cargo de maior gabarito ou receber uma promoção.

É necessário que os Estados promovam sim normas que, além de afastarem qualquer prática discriminatória, versem também sobre medidas positivas que favoreçam e protejam as mulheres que historicamente tiveram seus espaços e direitos suprimidos.

Embora seja possível verificar que as regras de direito internacional, as normas de direito interno, bem como as decisões dos Tribunais internacionais estão voltadas para a eliminação de qualquer conduta discriminatória praticada contra a mulher nas relações laborais, ainda há um longo caminho para a devida implementação e concretização deste ideal.

De modo que não é suficiente a mera criação de normas que prevejam essa igualdade. É preciso que elas saiam dos tratados, dos códigos, das leis, e tenham uma aplicação efetiva na sociedade. É preciso que os governantes e os tribunais encontrem os mecanismos e caminhos mais eficientes para a aplicação das normas e, efetivamente, se alcance uma paridade entre os gêneros.

A questão final que fica para ser refletida gira em torno da necessidade do Direito se desenvolver de forma integrada com o que ocorre na realidade. Não basta, portanto, a sua eficácia no plano teórico, é preciso que os efeitos no plano real e prático sejam mais eficientes e estancem de vez todas as desigualdades entre homens e mulheres, em especial as existentes nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de abril de 1976 [em linha]. Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, C-43/75. ECLI:EU:C:1976:56 [consult. 15 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-43/75.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 31 de março de 1981. J.P. Jenkins contra Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., C-96/80. ECLI:EU:C:1981:80. Disponível em: TJUE - C-96/80.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 9 de fevereiro de 1982. Eileen Garland contra British Rail Engineering Limited., C-12/81. ECLI:EU:C:1982:44. Disponível em: TJUE - C-12/81.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de maio de 1986 [em linha]. Bilka - Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz, C-170/84. ECLI:EU:C:1986:204 [consult. 16 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-170/84.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de maio de 1990. Douglas Harvey Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88. ECLI:EU:C:1990:209. Disponível: TJUE - C-262/88.

Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de novembro de 1990 [em linha]. Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, C-177/88. ECLI:EU:C:1990:383 [consult. 16 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-177/88.

Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de outubro de 1995 [em linha]. Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, C-450/93 de outubro de 1995. ECLI:EU:C:1995:322 [consult. 15 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-450/93.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 11 de novembro de 1997 [em linha]. Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95. ECLI:EU:C:1997:533 [consult. 15 mar. 2022]. Disponível em: TJUE - C-409/95.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 30 de junho de 1998. *Mary Brown contra Rentokil Ltd*, C-394/96. ECLI:EU:C:1998:331. Disponível em: TJUE - C-394/96.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção) de 4 de outubro de 2001 [em linha]. *Maria Luisa Jiménez Melgar contra Ayuntamiento de Los Barrios*, C-438/99. ECLI:EU:C:2001:509. Disponível em: TJUE - C-438/99.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de março de 2005. *Karl Robert Kranemann contra Land Nordrhein-Westfalen*, C-109/04. ECLI:EU:C:2005:187. Disponível em: TJUE - C-109/04.

ALVES, Sofia Colares. *Gabrielle Defrenne, uma das mães da Europa. Eixo Atlântico*, 2018. Disponível em: Eixo Atlântico.

ALVES, Dora Resende; CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.), *Cidadania, justiça e controle social* [em linha] (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível no Repositório da UPT em <http://hdl.handle.net/11328/1461>

BÖELL, Cristiane Rosália Maestri. *Constitucionalismo, Igualdade e Não Discriminação Entre Homens e Mulheres na União Europeia e no Brasil* [em linha]. Dissertação de Mestrado. Santa Catarina: Universidade do Vale do Itajaí, 2021. Disponível em: Universidade do Vale do Itajaí.

CANOTILHO, Mariana. Artigo 21.º: não discriminação. In: CANOTILHO, Mariana, SILVEIRA, Alessandra (Coords.). *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

CASTILHOS, Daniela Serra, ALVES, Dora Resende, BOTELHO, Isabella de Mello. O acesso a condições de trabalho equitativa em perspectiva de género: análise das alterações legislativas na União Europeia. *Quaestio Iuris*, 2020, vol. 13, n.º 3, pp. 1162 -1190. DOI: 10.12957/rqi.2020.45898. Disponível em: Quaestio Iuris.

CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende e OLIVEIRA, Suzana Massako Hiram Loreto. O efeito direto horizontal das Diretivas e o tribunal de justiça da união europeia [em linha]. Cadernos de Dereito Actual, 2021, n.º 15, pp. 233-253 [consult. 07 abr. 2022]. Disponível em: Cadernos de Dereito Actual

Lei n.º 45/78. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1978-07-11, n.º 157, pp. 1280-1290. Disponível em: Lei n.º 45/78.

Lei n.º 23/80. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980-07-26, n.º 171/1980, 1870 - 1882. Disponível em: Lei n.º 23/80.

Lei n.º 7/2009. Diário da República, Série I [em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009-02-12, n.º 30, pp. 926-1029. Disponível em: Lei n.º 7/2009.

MADURO, Luís Miguel Poiares Pessoa. A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípios, 2006.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. La Discriminación Inversa y el Caso Kalanke [em linha]. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, pp. 134-135. [consult. 15 mar. 2022]. Disponível em: La Discriminación Inversa y el Caso Kalanke.

PICANÇO, Fernanda Barreto. O Enfrentamento da União Europeia nos Debates Acerca da Discriminação do Gênero Feminino. Tese de Doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: Universidade de Coimbra.

PIÑERO, Miguel Rodríguez. Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE. Revista de Relaciones Laborales, 1995, nº 22, p. 102-109.

Regulamento de processo do Tribunal de Justiça da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, L 265. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012-09-29, p. 1-42. Disponível em: Regulamento de processo do TJUE.

Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia.

Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 1957. Disponível em: Tratado de Roma.

Tratado de Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, C 326 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2012-10-26, pp. 47-390. Disponível em: Tratado de Funcionamento da União Europeia.

VILA, Marisa Iglesias. Acción positiva y género en la Unión Europea: ¿Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un obstáculo para la acción positiva en Europa? [em linha] In: PARCERO, J. Cruz, VÁZQUEZ, R. (Eds.), Los derechos de las mujeres en el Derecho internacional [consult. 03 abr. 2022]. México: Fontamara-SCJN, 2010. Disponível em: Los derechos de las mujeres en el Derecho internacional.

O caso Ruiz Zambrano: uma análise ao acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09)

The Ruiz Zambrano case: an analysis of the judgment of 8 March 2011 (C-34/09)

Alana Valéria Lopes Coêlho¹

Giselle Pinheiro de Vasconcelos Raimundo²

Sumário: 1. Introdução; 2. A cidadania europeia e os princípios de livre circulação, não discriminação e direito de residência; 2.1. Princípios de livre circulação; 2.2. Princípio da não discriminação; 2.3. Direito de residência; 3. O caso Ruiz Zambrano; 4. Conclusões da Advogada-Geral ao caso Zambrano; 5. Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: A Sentença do Tribunal de Justiça de 8 de março de 2011 (C-34/09) caso Ruiz Zambrano, destaca uma questão discutida pela jurisprudência e pela doutrina, relativamente ao direito de residência dos nacionais de um Estado terceiro e pais de menores nacionais de um Estado-Membro. O Tribunal de Justiça da União Europeia utilizou um comportamento novo em relação aos argumentos em torno do Estatuto de Cidadão da União Europeia e da própria noção de cidadania. A principal questão é a nacionalidade de alguns menores que não exerceram o seu direito de livre circulação, sobre a situação de residência irregular dos pais nacionais de um país terceiro. Pois, até então, para tal condição

1 Mestranda em Direito Especialização em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT). Especialista em Direito Civil e Novo Processo Civil pela Faculdade Batista Brasileira (FBB/IMADEC). E-mail: alanacoelho@lopescoelho.com.br.

2 Mestranda em Direito Especialização em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia de Palmas (FTP). E-mail: giselleraimundo13@gmail.com.

seria necessário atravessar a fronteira para ser beneficiário do direito comunitário. A sentença de Ruiz Zambrano vem indagar essa suposição ao proteger uma situação “puramente interna” sob proteção do estatuto de cidadão e aumentar o campo de aplicação do direito comunitário.

Palavras-chaves: Cidadania europeia; Direitos Fundamentais; Exercício de livre circulação; Lei comunitária; Direito de residência.

Abstract: The Judgment of the Court of Justice of March 8, 2011 (C-34/09) in the Ruiz Zambrano case, highlights an issue discussed by jurisprudence and doctrine, regarding the right of residence of third-country nationals and parents of minors who are nationals of a Member State. The Court of Justice of the European Union used an innovative approach in relation to the arguments around the Statute of Citizens of the European Union and the very notion of citizenship. The main issue is the nationality of some minors who have not exercised their right of free movement, on the irregular residence situation of their parents who are nationals of a third country. For, until then, for such a condition it would be necessary to cross the border to be a beneficiary of Community law. Ruiz Zambrano’s ruling questions.

Keywords: European citizenship; Fundamental Rights; Exercise of free movement; Community law; Right of residence.

1. Introdução

O acórdão de 8 de março de 2011 no Processo C-34/09³, conhecido publicamente como caso Ruiz Zambrano, constitui um verdadeiro marco na jurisprudência do Tribunal de Justiça da

3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Grande Secção. Acórdão do Processo C-34/09: Gerardo Ruiz Zambrano contra Office National de l’Emploi (ONEM) [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 8-3-2011 [consult. 31 jan. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0034&qid=1655431207233>.

União Europeia - TJUE, pois representa um significativo avanço no âmbito dos direitos fundamentais voltados à questão da cidadania europeia e da sua aplicação aos seus nacionais.

A jurisprudência abre uma série de precedentes para questões até então tidas como incontroversas no cenário jurídico-político da União, principalmente limites dos direitos derivados, sendo eles: direito de livre circulação e permanência, direito de residência, direito ao respeito da vida familiar e direito de não discriminação inversa, todos estes devidamente previstos e regulamentados na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)⁴.

Desse modo, busca-se analisar o acórdão e seus desdobramentos sob a ótica da potencial violação dos direitos fundamentais pertencentes a nacionais de país terceiro, com filhos menores nacionais de um estado-membro da União Europeia, a Bélgica.

Cumpra também destacar o notório conflito entre o direito interno dos países pertencentes ao bloco, a vasta legislação atinente ao direito comunitário e o modo como isso contribuiu exaustivamente desde o início do processo até o seu desfecho final. Esse cenário suscita uma reflexão sobre a concretização dos fatos vividos pela família de Ruiz Zambrano perante um grande desafio, em especial no que se refere ao gozo efetivo dos direitos da cidadania e da cidadania comunitária na União Europeia e sua efetividade.

Observa-se ainda que questões de nacionalidade e cidadania foram postas de forma confusa na formação da União, uma vez que, diante do objetivo de estabelecer um mundo sem fronteiras econômicas, políticas e jurídicas, o bloco se depara com questões de desigualdade de tratamento, distanciando sua população ainda

4 PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, COMISSÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, C 303 [em linha]. Estrasburgo: Serviços das Publicações da União Europeia, 14-12-2007, pp. 1-16 [consult. 31 jan. 2022]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2007/oj.

hoje dos vínculos estreitos propostos aos seus cidadãos.

Conforme vamos relatar de maneira mais aprofundada ao decorrer do trabalho, o Acórdão em análise em origem quando a família de estrangeiros colombianos resolve pedir asilo na Bélgica e tem seus diversos pedidos de residência negados mesmo quando do nascimento de dois filhos naquele país, o que naturalmente lhes confere a condição de nacionais. Logo, sendo nacionais, teriam direito ao pleno exercício de sua cidadania e os direitos fundamentais oriundos da mesma, o que lhes foi cerceado ao longo de anos causando diversas implicações jurídicas e políticas a comunidade europeia conforme analisaremos a seguir.

Na ambiência da complexa sistematização do ordenamento jurídico da União Europeia, integrada por fontes originárias e derivadas e princípios jurídicos, incumbe ao Tribunal de Justiça a missão de assegurar o Estado de Direito, por meio da interpretação e aplicação dos tratados, para que haja uniformidade na aplicação das regras no contexto dos Estados-Membros⁵.

2. A cidadania europeia e os princípios de livre circulação, não discriminação e direito de residência

A cidadania europeia foi introduzida no Tratado da Comunidade Europeia em 1992, com o objetivo de aproximar os povos da Europa, reforçar os direitos dos cidadãos nacionais e contribuir para a legitimidade da União Europeia. Estava em formação uma nova ordem jurídica de direito internacional.

Com o advento dos Tratados Constitutivos da União Europeia, o bloco criou, além de um mercado econômico comum, medidas diversas que visavam extinguir barreiras à livre circulação, fossem elas de produtos e/ou serviços, capitais e pessoas. No que se refere especificamente a este último, é importante ressaltar que é

5 GUILMARÃES, Ana Paula; CASTILHOS, Daniela Serra; BARATA, Mario. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. *Revista Jurídica Portucalense*, 28, 2020, 4-29. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3306>

praticamente impossível dissociá-lo da cidadania que, por sua vez, acabara por se tornar uma espécie de cidadania comum a todos os nacionais dos países componentes dos Estados-Membros desse bloco. Tal fato causou diversas implicações no direito de ir e vir e de instalar-se livremente dentro dos países que aderiram ao bloco.

Dito isto, cabe demonstrar o conceito de cidadão europeu sob a ótica do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁶, que, em seu artigo 20º, fornece a seguinte redação: “É instituída a cidadania da União. É cidadão qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui”.

Sendo assim, fica muito claro que o Tratado traz à baila uma espécie de cidadania complementar, já que não substitui a cidadania nacional de cada indivíduo, mas adiciona mais uma cidadania aos mesmos.

Dentro desse arcabouço político-jurídico, merecem destaque direitos pertencentes aos membros do bloco, tais como os da liberdade de circulação, da não discriminação, de residência e permanência, todos de extrema importância ao caso em comento.

Logo, é plenamente possível afirmar que a cidadania se tornou, a partir de então, um conjunto de direitos e deveres pelos quais cada indivíduo passou a possuir vínculo jurídico e político com os demais Estados-Membros, além do seu originário, deixando evidente que nacionalidade não se confunde com cidadania, tampouco com cidadania complementar. De acordo com o TFUE, compete aos Estados-Membros a nacionalidade de cada cidadão, ou seja, trata-se de Direito Nacional.

Em consonância com esse pensamento, bem observou

6 UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, C 83 [em linha]. Estrasburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 30-3-2010, pp. 47-403 [consult. 5 fev. 2022]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2010/oj.

Volpini⁷:

No que concerne à nacionalidade e cidadania, é importante que se compreenda que estes são institutos distintos e, ao tratar das nacionalidades oriundas de Estados-membros da União Europeia, o conceito de cidadania aparecerá diferenciado do que se via na sociedade internacional.

Assim, surge junto com a União Europeia, a cidadania que cria e assegura garantias fundamentais a todos os cidadãos integrantes dos países membros de forma igualitária, uma cidadania sem fronteiras, ou, pelo menos, deveria ser. Portanto, todos os europeus nacionais de qualquer Estado-Membro da União Europeia possuem uma nacionalidade e uma dupla cidadania: a do seu país de origem e uma cidadania que se diz comunitária.

Desse modo, é possível afirmar que o direito nacional regula a nacionalidade dos cidadãos dos Estados-Membros. No entanto a cidadania da União não pode ser adquirida nem perdida sem a aquisição ou a perda da nacionalidade, ela simplesmente corresponde a um novo estatuto, que, por sua vez, é derivado de um novo direito europeu, conforme já mencionado anteriormente.

Ainda de acordo com Volpini⁸:

Alguns Estados definem como nacionais aqueles que são filhos de nacionais, chamado de jus sanguinis, pois o direito de nacionalidade surgiu através do “vínculo de sangue”. Outros determinam que serão nacionais aqueles que nascerem em solo do Estado, denominado de jus soli. Tanto o direito de sangue - jus sanguinis - quanto o direito de solo - jus soli - são formas de aquisição da nacionalidade oriundas do direito positivo. É o Estado quem determina, através da norma, quais as maneiras para ser nacional, não podendo outros estados interferir nem dispor sobre a nacionalidade de seu Estado.

Logo, a nacionalidade está diretamente ligada à conexão jurídica das pessoas com a sua sociedade político-estatal e este vínculo surge a partir da definição do direito positivo de cada

7 VOLPINI, Carla Ribeiro. A cidadania da União Europeia: uma nacionalidade como pressuposto de dupla cidadania. XVI Congresso Nacional do CONPEDI [em linha]. [Manaus?]: [s.n.], pp. 537-556 [consult. 10 mar. 2022]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carla_ribeiro_volpini.pdf.

8 VOLPINI, cit. 6, pp. 540.

Estado. A cidadania advém da determinação da nacionalidade, sendo uma necessária para que a outra possa existir. No entanto, ao se analisar a situação sob a ótica comunitária, constata-se uma nova forma de cidadania, a qual está ligada aos direitos e deveres originários dos cidadãos não só com o seu país nacional, e sim com determinada em uma comunidade internacional.

Nesse cenário, nota-se como é salutar a parceria entre cidadania e direitos fundamentais, pois transforma o cidadão europeu num indivíduo mais completo, titular de direitos associados ao estatuto de cidadania europeia, conforme artigo 20.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e os direitos previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Assim, para bem contextualizar o caso Zambrano discutido no acordão tema deste trabalho, não podemos deixar de discorrer a respeito dos principais princípios oriundos dos direitos fundamentais e decorrentes do instituto da cidadania. Vejamos:

2.1. Princípio de livre circulação

A livre circulação de pessoas é uma das liberdades básicas do Tratado de Roma⁹ de 1957. Embora esse direito tenha conectado as pessoas economicamente ativas, ou seja, trabalhadores, desde 1990 a limitação foi desaparecendo. Foi com o Tratado de Maastricht¹⁰ (1992) que foi introduzida a cidadania da União como um estatuto “novo” e complementar para todos os Estados-Membros, mas sem alterar o seu conteúdo e orçamento.

A este respeito, deve ser lembrado que os direitos e deveres

9 COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Tratado de Roma: Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia [em linha]. Roma: [s.n.], 25-3-1957 [consult. 20 fev. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>.

10 UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Maastricht: Tratado da União Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 191 [em linha]. Maastricht: Serviço das Publicações da União Europeia, 29-7-1992, pp. 1-112 [consult. 20 fev. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>.

da cidadania são determinados pelo Tratado que “organiza o funcionamento da União e determina as áreas, a delimitação e as condições do exercício de sua competência” (art. 1º TFUE). Logo, o direito comunitário não se aplica a questões puramente internas. Não há, portanto, aplicação do estatuto de cidadão se o direito à livre circulação não for exercido, ou seja, sem circulação transfronteiriça (o artigo 81.º do TFUE reitera este requisito), no quadro de “cooperação judiciária em matéria civil” e na Segunda Parte do Tratado “Não discriminação e cidadania da União”.

Decorre do artigo 21.º do TFUE que tanto a circulação quanto a residência devem ter carácter intracomunitário, uma vez que, dentro de cada Estado-Membro, os seus nacionais têm, por direito próprio, a de residência e circulação, não estando naturalmente sujeitos às limitações e condições previstas nos Tratados. O mesmo acontece com a proibição de discriminação em razão da nacionalidade, conforme artigo 18.º do TFUE.

O Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência, afirmou repetidamente que disposições do Tratado relativas à livre circulação e à não discriminação por motivos de nacionalidade são aplicáveis apenas em situações “transfronteiriças”, e não em situações meramente internas. Faz-se clara distinção, portanto, entre aqueles cidadãos da União que exerceram a liberdade de circulação e os que não tinham feito para efeitos de aplicação do direito comunitário.

Seguindo esse raciocínio, os direitos vinculados à condição de cidadão da União a que se refere o Acórdão pertencem, segundo presente Sentença, a todos os cidadãos da comunidade, sem maiores condições. É que, por um lado, em termos de liberdade de circulação de pessoas, está cada dia mais difícil definir quais são as situações transfronteiriças e evitar situações de discriminação inversa.

Para o Tribunal, uma situação como a do caso “Zambriano” não é uma mera situação que permanece automaticamente

desprotegida do direito da União. Nesse sentido, é o estatuto de cidadania que dará cobertura, ativando também a proteção comunitária dos direitos fundamentais.

É nesta contradição que o Tribunal de Justiça se move no acórdão Ruiz Zambrano, uma vez que procura alargar o âmbito de aplicação do direito comunitário, pessoal e material, sem contradizer abertamente; e sobre o Tribunal de Justiça, as autoras Dora Alves e Daniela Castilhos¹¹ reforçam de sua origem que “... deu, desde a primeira hora, um forte contributo para a criação de um espaço constitucional europeu de proteção dos direitos fundamentais”.

2.2. Princípio da não discriminação

A problemática da discriminação inversa surge quando um nacional de um Estado Membro não pode, neste seu Estado Membro de origem, invocar certas disposições do direito da União Europeia por nunca ter circulado pelo território da União Europeia. Dessa forma, surge um tratamento mais benéfico para os cidadãos migrantes do que para os nacionais desse Estado Membro. Aliás, essa é a única característica que os distingue, a não circulação, porque em todo o resto se encontram em situações perfeitamente equiparáveis, pois todos são cidadãos europeus.

Tryfonidou¹² explica a qualificação como “inversa”: o grupo que se esperava que fosse beneficiado é, ao invés, tratado menos favoravelmente como resultado de uma compensação em excesso” atribuída a um grupo tradicionalmente prejudicado”.

De acordo com o TJUE, perante uma questão de discriminação inversa no direito interno, cabe ao tribunal nacional apreciar se

11 ALVES, Dora Resende, CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos Direitos Humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos até a atualidade. In: BEDIN, G. A., org., Cidadania, justiça e controle social [em linha]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016, pp. 10-21[consult. 3 fev. 2022]. Disponível repositório UPT: <http://hdl.handle.net/11328/1461>.

12 TRYFONIDOU, Alina. Purely internal situations and reverse discrimination in a citizens' Europe: time to “reverse” reverse discrimination? In: Issues in Social Policy: A New Agenda. Jean Monnet Seminar Series. Valletta: Progress Press, 2009, pp. 11-29.

gera uma discriminação e como deve ser eliminada. O organismo nacional verificará a possibilidade de reverter a discriminação e se a legislação nacional proíbe esse tipo de discriminação, prevendo, quando apropriado, as consequências decorrentes de tal proibição.

O legislador europeu terá competência para adaptar medidas de harmonização que coloquem termo a situações que possam originar a discriminação inversa. No entanto, a ação legislativa fornece apenas uma resposta parcial ao problema da discriminação inversa, uma vez que as disposições do Tratado relativas à liberdade de circulação e à cidadania europeia podem aplicar-se a situações em que a União Europeia carece de poderes legislativos.

2.3. Direito de residência

Com o Tratado de Maastricht, pelo qual se criou a “União Europeia”, o direito de livre circulação e residência passou a ser garantido a todo “cidadão da União Europeia”, independentemente do exercício de uma atividade econômica. Criou-se, com base no artigo 8.º do respectivo Tratado, uma cidadania da União, pela qual o direito de residência consiste em um direito derivado do estatuto de cidadão.

De acordo com Guild¹³, o entendimento da UE sobre quem é imigrante passou por muitas transformações até os dias de hoje. Em um dado momento histórico, os nacionais da União Europeia deixaram de ser percebidos como imigrantes no território de outros Estados-Membros para serem vistos como cidadãos do bloco.

A partir da data em que entrou em vigor o Tratado da União Europeia, existe um direito de residência que se baseia no direito de todo cidadão europeu residir e circular livremente pelo território dos Estados-Membros, estando as limitações e condições previstas nos Tratados da União e nas disposições adotadas para a sua

¹³ GUILD, Elspeth. Quem é o imigrante? O direito europeu e a categorização das pessoas na União Europeia. Revista Contexto Internacional [em linha]. [S. l.]: jan/jun, 2011, vol. 33, n. ° 1, pp. 19-45 [consult. 20 fev. 2022]. ISSN: 1982-0240. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/MCnRyxqFCDDPzNLgr4zgr6J/?format=pdf&lang=pt>.

aplicação. Assim, foi-se consagrando na jurisprudência do Tribunal de Justiça uma cidadania europeia em seu sentido político, que não mais se vinculava exclusivamente aos direitos derivados da condição de trabalhador.

Os direitos derivados dessa cidadania europeia foram objeto, ao longo dos anos, de vários litígios submetidos à apreciação do Tribunal de Justiça, de modo que a jurisprudência desse Tribunal se traduz em uma importante contribuição à plena realização de tais direitos. Enveredando por essa ótica, analisa-se a nova ordem política e jurídica da União através do caso “Zambrano”, que representa uma nova etapa de consolidação da cidadania da União Europeia, a qual aponta para uma ampliação da garantia dos direitos de cidadão e um significativo avanço sobre o caráter econômico, o qual inicialmente predominava com exclusividade na formação da União.

3. O caso Ruiz Zambrano

O referido acórdão objeto deste estudo trata a respeito de um casal de colombianos e seu filho (até então filho único) que se viram obrigados a deixar seu país de origem por estarem sofrendo ameaças de milícias, tendo, inclusive, esse filho sido vítima de sequestro.

Em meio a guerrilha, no ano de 1999, precisaram fugir para a Bélgica, país onde solicitaram asilo. Contudo, o asilo foi negado nove meses após a solicitação ao Comissariado Geral para refugiados e apátridas, tendo a recomendação de sua expulsão do território belga, com a ressalva de que não fossem enviados de volta à Colômbia por ser um local de conflito naquele momento.

Ainda assim, optaram por permanecer na Bélgica e tentar regularizar a sua situação, vendo seus outros vários pedidos de autorização de residência e autorização para trabalho serem igualmente recusados ao longo dos anos.

Neste ínterim, nasceram dois filhos do casal, os quais não foram registrados na embaixada colombiana. Os menores, nacionais belgas, eram cidadãos europeus e estavam amparados pelo artigo 20.º, n.º 1, do TFUE, que “confere a qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro o estatuto de cidadão da União, o qual impede medidas nacionais que tenham efeito de privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos por esse estatuto” (TCHING 2014)¹⁴. Dentre esses direitos, inclui-se o de livre circulação e permanência, assim como o de residência.

Os requerentes passaram dessa forma a fundamentar o seu pedido de residência permanente com base no artigo 40.º da Lei de 15 de dezembro de 1980, como ascendentes de um cidadão belga. Em 13 de setembro de 2005 foi emitido um certificado de registro de residência para cada um deles, legalizando temporariamente sua permanência até 13 de fevereiro de 2006.

O pedido de residência de Ruiz Zambrano foi indeferido novamente em 8 de novembro de 2005, com o fundamento de que não podia invocar o artigo 40 da lei de 15 de dezembro de 1980 por ter violado as leis do seu país ao não registrar o filho junto das autoridades diplomáticas. No entanto, seguiu corretamente os procedimentos de que dispõe para adquirir a nacionalidade belga para o seu filho e tentar, com base nisso, legalizar a sua própria residência.

Em 26 de janeiro de 2006, o pedido de residência da sua mulher foi indeferido pelo mesmo motivo. Nessa ocasião, admitiu que a negativa de permanência dos pais, nacionais de um Estado terceiro, no Estado-Membro do qual são nacionais e onde residem os seus filhos menores e que são da sua responsabilidade, se verem obrigados a deixar o território da União para seguirem seus pais. Observando que a mesma decorrência tem a negação da

14 TCHING, Maria Rosa Oliveira. O estatuto de cidadão europeu como instrumento da tutela dos direitos de cidadania e dos direitos fundamentais e como elemento de coesão entre os cidadãos da União. *Unio EU Law Journal* [em linha]. [S. l.]: 2014, pp. 38-44 [consult. 22 fev. 2022]. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/262>.

autorização de trabalho a esses pais, impossibilita os mesmos de possuir os recursos necessários para seu próprio sustento e de sua família. Essas decisões iam de encontro ao artigo 20.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia TFUE ao impedir que seus filhos exercessem os direitos assegurados por seu estatuto de cidadania da União.

Sucede que a recusa em reconhecer ao casal Zambrano um direito de residência derivada poderia constituir uma ingerência no direito dos menores, uma vez que estes não o conseguiam exercer sem o apoio dos pais. Os progenitores seriam obrigados a deixar a Bélgica e se o direito de residência derivado não lhes fosse reconhecido, as crianças, muito provavelmente, teriam que os acompanhar quando da sua partida. Os menores ficariam numa situação suscetível, incluindo a perda do estatuto conferido pela sua cidadania da União e dos direitos correspondentes.

O Tribunal de Justiça da União Europeia considerou, de forma muito significativa, que os genitores, em situação irregular, de crianças nacionais de um Estado Membro, gozam do direito de residência e trabalho no Estado em que residem, ainda que o gozo de tal direito não se compare ao exercício de livre circulação.

O problema que o acórdão Ruiz Zambrano coloca, seria a decisão sobre a legalidade ou ilegalidade de privar um cidadão europeu do gozo efetivo dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União. Pode-se deduzir que, se nos termos do direito nacional em concreto, recorrendo aos direitos fundamentais, a proteção poderia ser alcançada, o efeito da discriminação inversa seria eliminado.

4. Conclusões da Advogada-Geral ao caso Zambrano

Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que todos os cidadãos pertencentes aos Estados-Membros preenchem os requisitos no âmbito pessoal do Tratado em comento, o que

está em perfeita harmonia com a letra do seu art. 20.º, conforme mencionado anteriormente. O artigo em questão não faz referência à necessidade do preenchimento de outro requisito que não o da nacionalidade de um dos Estados-membros da União Europeia. Dessa forma, nota-se que a conceituação de migração sofreu alterações especificamente para essa população, pois já não se faz necessário ter exercido o direito de circulação para preenchimento do âmbito pessoal do Tratado.

Inserindo este entendimento ao acórdão aqui estudado, é de grande valia analisar as conclusões da Advogada-Geral¹⁵ acerca do caso, pois no seu entendimento a situação se tratava puramente de um direito de residência autónomo: “Por conseguinte, recomendo que o Tribunal de Justiça reconheça agora a existência deste direito de residência autónomo”. Contudo, há o questionamento de várias situações, dentre elas: o tipo de circulação, que fora tratado como obrigatório para que fosse estabelecido aos menores o vínculo com o direito comunitário.

Analisando a evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça, cabe questionar precipuamente, que as decisões do Tribunal são confusas e conflituosas, o que denotam um cenário de insegurança jurídica.

Dessa forma, em sua conclusão, a Advogada-Geral¹⁶ do caso em questão sugeriu ao Tribunal de Justiça que o art. 18.º TFUE fosse interpretado no sentido de proibir a discriminação inversa, “causada pela interação entre o artigo 21.º TFUE e o direito nacional que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo direito

15 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Grande Secção. Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston: Processo C 34/09: Gerardo Ruiz Zambrano contra Office National de l’Emploi (ONEM) [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 30-9-2010 [consult. 25 fev. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0034>.

16 UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, C 202 [em linha]. Estrasburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 7-6-2016, pp. 47-200 [consult. 7 mar. 2022]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

da União Europeia, quando não estiver prevista uma proteção pelo menos equivalente no direito nacional”. E suscitou os seguintes questionamentos:

À luz de todas as considerações precedentes, considero que o Tribunal de Justiça deve responder às questões submetidas pelo Tribunal du Travail de Bruxelles do seguinte modo:

«1) Os artigos 20.º TFUE e 21.º TFUE (ex-artigos 17.º CE e 18.º CE) devem ser interpretados no sentido de que conferem o direito de permanecer no território dos Estados-Membros, com base na cidadania da União, que é independente do direito de circular entre os Estados-Membros. Estas disposições não impedem um Estado-Membro de recusar conceder um direito de residência derivado a um ascendente de um cidadão da União que é nacional do Estado-Membro em causa e que ainda não exerceu o seu direito de livre circulação, desde que essa decisão respeite o princípio da proporcionalidade.

2) O artigo 18.º TFUE (ex-artigo 12.º CE) deve ser interpretado no sentido de que proíbe a discriminação inversa causada pela interação do artigo 21.º TFUE com o direito nacional, que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo direito da União Europeia, quando não estiver prevista uma proteção pelo menos equivalente no direito nacional.

3) À época dos factos no processo principal, o direito fundamental à vida familiar consagrado no direito da União Europeia não podia ser invocado como um direito autónomo, independentemente de qualquer outronexo com o direito da União Europeia, tanto por um nacional de um Estado terceiro como por um cidadão da União, quer no território do Estado-Membro de que era nacional esse cidadão quer em qualquer outro lugar no território dos Estados-Membros.

Pelo que analisamos, a opinião da Advogada-Geral, voltou-se para totalmente à proteção do direito fundamental ao respeito pela vida familiar, previsto no art. 7.º conforme já discurremos anteriormente, pois era imprescindível demonstrar o alcance dos direitos fundamentais no contexto do ordenamento jurídico da União Europeia.

Sendo assim, é possível afirmar que no acórdão Zambrano, o Tribunal de Justiça intercedeu no sentido de se posicionar sobre alguns quesitos preliminares que envolviam situações pertinentes à ligação dos direitos ligados à cidadania comunitária, bem como

às matérias atinentes à discriminação inversa e sua relação entre os direitos fundamentais e o exercício das liberdades económicas.

Apesar de todo cuidado do Tribunal de Justiça em proteger a solução menos hostil ao caso, é complicado omitir que caso discutido no acórdão em questão não marque um significativo avanço no desdobramento constitucional seguido portanto o posicionamento inovador da Advogada-Geral que, abriram, em nosso ver, diversas portas a diversos precedentes do sistema supranacional, o que já resultou em uma redefinição do instituto da cidadania europeia após o julgamento do caso em questão já que após longos anos de batalha judicial a família Zambrano obteve resultado favorável ao seus pedidos.

5. Considerações finais

É nosso entendimento que a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos; bem como o respeito pelo princípio da igualdade; o exercício real dos direitos de cidadania; são imprescindíveis para a vida em comunidade.

Ao longo deste estudo, verificou-se que os direitos fundamentais dos cidadãos oriundos os Estados-membros da União Europeia, voltados principalmente para a questão de uma cidadania de inclusão, na qual o contexto de nacionalidade abre espaço para o contexto de residência, viabilizou a construção de um cenário jurídico-político comum.

A situação da família Zambrano que se estabeleceu de maneira irregular em território Belga, forçou o Tribunal a discutir situações que já pareciam consolidadas em território comunitário Europeu. Afinal, o casal oriundo de uma país não pertencente ao bloco, teve filhos protegidos pelo estatuto da comunidade que por sua vez regulamenta a nacionalidade de um cidadão pela questão do local do nascimento e não pela consanguinidade dos seus ascendentes.

Dessa forma, desde que se tornaram pais de nacionais belgas,

deveriam ter recebido a cidadania de maneira derivada já que se tratava de direito de seus filhos menores e que não poderiam ser exercidos pelos mesmos com a ausência de seus responsáveis legais.

Assim, o Tribunal foi levado a analisar questões como o cerceamento de direitos de nacionais pura e simplesmente pelo fato de seus pais serem oriundos de países terceiros. O que se colocou em questão fora a possibilidade do não exercício dos direitos decorrentes da nacionalidade dos menores e conseqüentemente do exercício de suas cidadanias e seus direitos fundamentais decorrentes das mesmas. O que ao final de um julgamento favorável à família Zambrano, acabou por consolidar um novo entendimento jurisprudencial.

Dentro desse contexto e ao final do caso, a jurisprudência originada no caso Zambrano, chega-se à conclusão de que o referido acórdão trouxe significativos acréscimos aos preceitos de cidadania e cidadania europeia de modo geral, incluindo o direito de cidadania derivada (neste caso oriunda de descendentes). Para além disto, deve-se destacar de modo secundário, a independência no exercício da liberdade de circulação e permanência bem como afirmar que através da cidadania comunitária se fundamentou a ligação entre o direito europeu e o direito da União.

Dito isto, ressalta-se o motivo pelo qual Ruiz Zambrano e os desdobramentos do seu julgado foram responsáveis pelo avanço de direitos fundamentais na União Europeia, sanando-se conflitos atinentes ao ordenamento jurídico europeu nos âmbitos de nacionalidade, cidadania e cidadania comunitária que residiam justamente na insegurança da proteção dos direitos fundamentais numa união dessas comunidades.

Demonstrou-se que desde a decisão do acórdão Zambrano ficou claro que o Tribunal buscou na cidadania comunitária o principal fundamento para a proteção dos direitos garantidos no artigo 53.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Restou claro ainda que a cidadania comunitária, bem como direitos de circulação residência e permanência no território da União tornaram-se primordiais e foram a base decisiva para a formação do novo entendimento jurisprudencial no bloco.

No que se refere a nacionalidade, viu-se uma estratégia jurídica de unir indivíduos a um Estado e no que se refere à cidadania uma reunião de direitos e deveres em relação aos demais indivíduos e ao próprio Estado. Ou seja, integração europeia envolveu os cidadãos no caminho de construção de uma nova ordem jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Dora Resende, CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos Direitos Humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos até a atualidade. In: BEDIN, G. A., org., Cidadania, justiça e controle social [em linha]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016, pp. 10-21[consult. 3 fev. 2022]. Disponível repositório UPT: <http://hdl.handle.net/11328/1461>.

BRANDALISE, Natalia Koch. O Direito derivado de residência dos nacionais de Estados terceiros sob o relevo do cuidado [em linha]. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2019 [consult. 15 fev. 2022]. Disponível no Repositório Científico da Universidade de Coimbra em: <http://hdl.handle.net/10316/90337>.

COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Tratado de Roma: Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia [em linha]. Roma: [s.n.], 25-3-1957 [consult. 20 fev. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>.

GUILD, Elspeth. Quem é o imigrante? O direito europeu e a categorização das pessoas na União Europeia. Revista Contexto Internacional [em linha]. [S. l.]: jan/jun, 2011, vol. 33, n. ° 1, pp. 19-45 [consult. 20 fev. 2022]. ISSN: 1982-0240. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/MCnRyxqFCDDPzNLgr4zgr6J/?format=pdf&lang=pt>.

GUIMARÃES, Ana Paula; CASTILHOS, Daniela Serra; BARATA, Mario. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. *Revista Jurídica Portucalense*, 28, 2020, 4-29. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3306>

PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, COMISSÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, C 303 [em linha]. Estrasburgo: Serviços das Publicações da União Europeia, 14-12-2007, pp. 1-16 [consult. 31 jan. 2022]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2007/oj.

TCHING, Maria Rosa Oliveira. O estatuto de cidadão europeu como instrumento da tutela dos direitos de cidadania e dos direitos fundamentais e como elemento de coesão entre os cidadãos da União. *Unio EU Law Journal* [em linha]. [S. l.]: 2014, pp. 38-44 [consult. 22 fev. 2022]. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/262>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Grande Secção. Acórdão do Processo C-34/09: Gerardo Ruiz Zambrano contra Office National de l’Emploi (ONEM) [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 8-3-2011 [consult. 31 jan. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0034&qid=1655431207233>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Grande Secção. Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston: Processo C 34/09: Gerardo Ruiz Zambrano contra Office National de l’Emploi (ONEM) [em linha]. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 30-9-2010 [consult. 25 fev. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0034>.

TRYFONIDOU. Alina. Purely internal situations and reverse discrimination in a citizens’ Europe: time to “reverse” reverse

discrimination? In: *Issues in Social Policy: A New Agenda*. Jean Monnet Seminar Series. Valletta: Progress Press, 2009, pp. 11-29.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Maastricht: Tratado da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 191 [em linha]. Maastricht: Serviço das Publicações da União Europeia, 29-7-1992, pp. 1-112 [consult. 20 fev. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, C 83 [em linha]. Estrasburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 30-3-2010, pp. 47-403 [consult. 5 fev. 2022]. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2010/oj.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, C 202 [em linha]. Estrasburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 7-6-2016, pp. 47-200 [consult. 7 mar. 2022]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

VOLPINI, Carla Ribeiro. A cidadania da União Europeia: uma nacionalidade como pressuposto de dupla cidadania. XVI Congresso Nacional do CONPEDI [em linha]. [Manaus?]: [s.n.], pp. 537-556 [consult. 10 mar. 2022]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carla_ribeiro_volpini.pdf.

A Análise da Protuberância do Estudo sobre Corrupção

Bulk analysis of the corruption study

Ana Caroline de Melo Tavares¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Ecolução histórica; 3. Corrupção; 4. A Importância do estudo sobre corrupção; Conclusão.

Resumo: A presente pesquisa não busca exaurir o tema corrupção, visto que trata-se de um tema muito amplo, todavia, parte de um viés da teoria política, levanta questionamento e trazer dados sobre a corrupção no mundo e como impacta a vida de toda a sociedade. Buscou perceber o liame que relacionar a corrupção e a teoria política, ponto de vista da legislação específica direito português e da União Europeia. E, por fim, explorar a importância do estudo específico e como controlar a corrupção. Outrossim, o trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, doutrina, artigos científicos relacionados ao assunto, quantitativa e método dedutivo.

Palavras-Chave: Direito Comunitário; Corrupção, Ética; Integralidade; Conformidade.

Abstract: The present research does not seek to exhaust the topic of corruption, since it is a very broad topic, however, part of a political theory bias, it raises questions and brings data about corruption in the world and how it impacts the life of the whole society. . It sought to understand the link that relates corruption and political theory, from the point of view of specific legislation Portuguese law and the European Union. And finally, explore the importance of the specific study and how to control corruption. Furthermore, the work

¹ Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Porto, Portugal. E-mail: anacarolinetavares@hotmail.com

was developed through bibliographic research, doctrine, scientific articles related to the subject, quantitative and deductive method.

Keywords: Political Theory; Corruption, Ethics; completeness; Conformity.

1. Introdução

Esse trabalho surgiu devido aos inúmeros casos de corrupções divulgados em todo mundo, diante disso, essa pesquisadora, ficou instigada a compreender as causas e as consequências que levam a corrupção, além verificar a possibilidade de projetar políticas para controlá-la. É um projeto ambicioso, sabe-se em um único artigo não será possível exaurir o assunto tão amplo.

Pois bem, sabendo disso, primeiramente é necessário medir a corrupção. Todavia, é impossível medir diretamente a corrupção, visto que trata-se de uma atividade que exige sigilo, no entanto, pode construir maneiras que deem evidências indiretas que sejam válidas e confiáveis. Neste trabalho, é levantado um questionamento se podemos construir medidas que capturem todo o escopo da corrupção como uma questão política. Como veremos, os dois desafios têm dimensões comuns que podemos colocar em uso criativo.

Outro ponto, qual a importância de estudar a corrupção? A sociedade está cansada da corrupção? O mundo tem presenciado nos últimos anos diversos escândalos envolvendo atos corruptos e fraudulentos, diante disso, o enfrentamento a práticas que violam a integridade tem ganhado destaque na sociedade.

Destarte, a corrupção traz inúmeros prejuízos, tanto para a sociedade, bem como ao Governo e empresas. Nessa situação, cada vez mais, tem despertado no Governo como nas empresas a necessidade de adequassem a essa nova sistemática em sua organização, inibindo práticas ilegais, utilizando de meios como

códigos de condutas, a fiscalização do cumprimento destes etc. e, assim, surgiu a necessidade de normas anticorrupção.

O acesso à informação, teve como protagonista a globalização, foi relevante para escancarar o que existia a milhares de anos que é o desvirtuamento da sociedade, o gerou indignação, bem como despertou aprofundar os estudos sobre as consequências de tais condutas. A abertura do mercado mundial também corroborou para elaboração de normas que dessem as empresas maior segurança as transações.

Diante disso, foi utilizada pesquisa bibliográfica, doutrina, artigos científicos alusivo ao assunto tratado, legislação, sites oficiais, método dedutivo e qualificativo. Por fim, é apresentado as conclusões acerca desse trabalho.

2. Evolução histórica

A corrupção existe a muito anos, é provável que desde o início das civilizações, visto que, os registros mais antigos que retratam a estrutura política já trazem referências a corrupção, como o Código de Hamurabi², que foram escritos na primeira dinastia babilônica por volta do século XVIII a.C, na Mesopotâmia.

O Código de Hamurabi³, proíbe expressamente que funcionário do governo pratiquem atos de corrupção, como exemplo abaixo:

33º - Se um oficial superior foge ao serviço e coloca um mercenário em seu lugar no serviço do rei e ele parte, aquele oficial deverá ser morto.

34º - Se um oficial superior furta a propriedade de um oficial inferior, prejudica o oficial, dá o oficial a trabalhar por soldada, entrega o oficial em um processo a um poderoso, furta o presente que o rei deu ao oficial, aquele deverá ser morto.

35º - Se alguém compra ao oficial bois ou ovelhas, que o rei deu a este, perde o seu dinheiro.

2 HAMMURABI, R. D. B. código de Hammurabi. Edtion ed.: Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, 1970.

3 Ibid.

Outrossim, Mêncio, o segundo discípulo de Confúcio, nascido em 371 a.C, também escreve sobre a corrupção, e vigorosamente condena funcionários do governo em aceitar suborno⁴.

Posto isto, observa-se que a corrupção sempre existiu e talvez nunca será erradicada por completo. No entanto, cada vez mais, percebe-se uma tendência que caso continue, é possível imaginar um mundo com uma margem histórica mínima de corrupção e para que seja alcançado tal façanha não será fácil, é um trabalho que deverá ser feito em conjunto, com o apoio de líderes do governo, mídia, setor privado e população⁵.

Sabe-se que a corrupção está presente na sociedade há milhares de anos, todavia, existe um questionamento sobre o aumento, principalmente, nos últimos cinquenta anos, da frequência, o volume desviado⁶.

A corrupção se propagou com maior intensidade América do Norte e Europa Ocidental, além disso, é importante ter ciência do cenário em pauta é os pós Segunda Guerra Mundial, um período muito curto de reconstrução dos países europeus, os quais ocupavam grande parte do mundo à época, como partes da América Latina, maior parte da África, grande parte do sudoeste da Ásia, sul da Ásia e quando desocuparem esses territórios surgiu muitos países⁷.

Cabe destacar, que esse fenômeno repetiu no final da década de 80, com o fim da Guerra Fria, a redução dos incentivos dos países mais poderosos para tolerar a corrupção onde os países viram em meio a impasses na Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e no Conselho para Assistência Econômica Mútua

4 ZEBU, Y. Corruption or Hypercriticism?: Rethinking Shun's Two Cases in Mencius. *Contemporary Chinese Thought*, 2007/09/01 2007, 39(1), 25-34.

5 NAÍM, M. Corruption Eruption. 1995. Available from Internet:<<https://carnegieendowment.org/1995/06/01/corruption-eruption-pub-648>>.

6 GRAY, C. L. W. AND D. KAUFMANN. Corruption and Development. In *Finance & Development* 1998a, p. 4.

7 ELLIOTT, A. Corruption as an International Policy Problem : Overview and Recommendations KIMBERLY 1997.

(COMECON), diante disso, tiveram que mudar a forma de governo, cabendo a eles decidir ser mais radicais ou não⁸.

Transições de economias planejadas centralmente as economias de mercado abriram novas oportunidades tanto para lícitas quanto ilícitas lucro (Rose-Ackerman 1998b). Globalização acelerada e uma economia americana de 1977 lei que criminaliza o suborno no exterior pressionou os governos a reduzir negócios injustos e empresas a reexaminar suas práticas no exterior. O Fundação da Transparência Internacional (TI) e a publicação de suas Índice de Percepção de Corrupção (IPC) levantou preocupação internacional sobre corrupção e causou alarme (e, muitas vezes, raiva) em alguns países (Johnston 2005) Finalmente, os fundamentos intelectuais de política de desenvolvimento começou a reconhecer o papel fundamental das instituições públicas (por exemplo, Olson 1996)⁹.

Pois bem, diante dos aumentos abruptos de novos países, organizações políticas ou novas formas de governar e consequentemente da criação de instituições e empresas. Todavia, essas instituições/empresas eram comandadas por pessoas que não tinham pouco conhecimento ou pouca experiência, desse modo eram classificadas instituições frágeis¹⁰.

Foi observado, em Regimes Autoritários, devido a imposição de regras rígidas existe um elevado índice de corrupção, visto que

8 ROBIN, T. So what really is the problem about corruption? <http://dx.doi.org/10.1080/01436599913640>, 25 Aug 2010 1999, 20(3), 491-502.

9 ROSE-ACKERMAN, S. AND B. J. PALIFKA Corruption and government: causes, consequences, and reform. Edtion ed. New York, NY: Cambridge: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperback.consequences, and reform</style>. Edtion ed. New York, NY: Cambridge: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperback.</DisplayText><record><isbn>978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperback</isbn><titles><title>Corruption and government: causes, consequences, and reform</title></titles><access-date>15/06/2022</access-date><contributors><authors><author>ROSE-ACKERMAN, Susan</author><author>PALIFKA, Bonnie J.</author></authors></contributors><edition>Second Edition</edition><language>Inglês</language><added-date format="utc">1655298900</added-date><pub-location>New York, NY: Cambridge</pub-location><ref-type name="Book">6</ref-type><dates><year>2016</year></dates><rec-number>80</rec-number><publisher>Cambridge University Press</publisher><last-updated-date format="utc">1655303462</last-updated-date></record></Cite></EndNote>

10 NAÍM, M. Corruption Eruption. 1995. Available from Internet:<<https://carnegieendowment.org/1995/06/01/corruption-eruption-pub-648>>.

indivíduos são levados a pagar subornos a autoridade¹¹.

Em um regime ditatorial, a corrupção apresenta com aspecto de estar sob controle e ser previsível. No entanto, existe um corporativismo, esse conluio ajudou a garantir que os subornos permaneçam “razoável” e fora da vista do público¹².

Noutro giro, foi feito um estudo denominado “A teoria das janelas quebradas – broken windows theory”, desenvolvido por James Wilson e George Kelling e publicado na revista *The Atlantic Monthly*¹³, em março de 1982, conforme destaca-se abaixo:

A teoria baseia-se em experimento realizado por Philip Zimbardo em 1969, psicólogo da Universidade de Stanford. Foram deixados dois automóveis idênticos (mesma marca, modelo e cor) em uma via pública – um no Bronx, então uma zona pobre e conflituosa de Nova Iorque, e o outro em Palo Alto, zona rica e tranquila da Califórnia. O carro abandonado no Bronx começou a ser vandalizado em poucas horas. Levaram tudo que pudesse ser aproveitado, e o que não foi possível levar foi destruído. O automóvel em Palo Alto, por sua vez, manteve-se intacto, até que os investigadores, após uma semana, quebraram uma das janelas do carro. Então desencadeou-se o mesmo processo observado no Bronx. O carro foi destruído por grupos vândalos em poucas horas.

Em suma, esse estudo percebeu que a violência está ligada diretamente a omissão do Estado, sendo que devido à ausência proporciona o aumento substancial da violência, corrupção, desinteresse etc. e o fato de que uma atitude pode desencadear outras, conforme foi destacado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa¹⁴:

Algumas conclusões da teoria são: há relação de causalidade entre desordem e criminalidade, entre a não repressão a pequenos delitos e a criminalidade violenta. Se uma janela de uma fábrica ou prédio é quebrada e não é

11 NICHOLS, P. M. The Fit between Changes to the International Corruption Regime and Indigenous Perceptions of Corruption in Kazakhstan. *University of Pennsylvania Journal of International Law* [Type of Work]. 2001, vol. 22, no. 4, pp. 863. Available from Internet:<<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1308&context=jil>>Available from Internet:<<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol22/iss4/3>>. ISSN 1086-7872.

12 NAÍM, M. Corruption Eruption. 1995. Available from Internet:<<https://carnegieendowment.org/1995/06/01/corruption-eruption-pub-648>>.

13 ODON, T. I. TOLERÂNCIA ZERO E JANELAS QUEBRADAS: sobre os riscos de se importar teorias e políticas In S.F.N.D.E.E.P.C. /SENADO. Brasília, DF, 2016.

14 Ibid.

imediatamente consertada, as pessoas que por ali passam tendem a concluir que ninguém se importa, que não há autoridade zelando pela manutenção da ordem. Assim, as pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas. Inicia-se assim a decadência do local, com pequenas desordens levando a grandes desordens. Nessa lógica, diante do abandono de comunidades pela autoridade responsável, desocupados, desordeiros e pessoas com tendências criminosas se sentiriam à vontade para ali fazer negócios ou mesmo morar, levando outros moradores a desejarem se mudar para outros locais. A pequena desordem gera a ideia de deterioração, de desinteresse e de despreocupação nas pessoas. A percepção da ausência de lei, normas e regras tende a levar à quebra dos códigos de convivência. Assim, o crime é maior em zonas onde o descuido, a sujeira e o maltrato são maiores, e pequenas faltas não punidas levam a faltas maiores e logo a delitos cada vez mais graves. A teoria apresentou os fundamentos da moderna política criminal americana e, em meados da década de 1990, foi implantada com aparente sucesso na cidade de Nova Iorque. Em livro de 1996, George Kelling e Catherine Coles (Fixing Broken Windows – Restoring Order and Reducing Crimes in Our Communities) expandiram os argumentos do artigo inicial e argumentaram que uma das causas do aumento da violência nos EUA na segunda metade do século XX foi a mudança de estratégia da polícia, que, aos poucos, substituiu suas tarefas de manutenção da ordem pública pelo combate ao crime.(ODON 2016)

A influência negativa da corrupção na sociedade atinge o desenvolvimento econômico e a competitivo do país, diante disso, a população sofre o cerceamento de serviços essenciais a dignidade humana ou quando tem acesso é precário¹⁵, além de estudos que associam à violência a lugares com altos índice de corrupção¹⁶.

15 DEL RIO, M. V. CONFORMIDADE COMO ARMA CONTRA A CORRUPÇÃO. In. Belo Horizonte, MG, 2016, p. 38. MG, 2016, p. 38. <DisplayText><record><keywords><keyword>Palavras-chave: Conformidade, Governança Corporativa, Corrupção, Operação de Lavagem de Carro.</keyword></keywords><work-type> Artigo Científico apresentado à UNIVER SIDADE FUMEC como requisito parcial para detecção de certificado de Especialista em Gestão da Qualidade.</work-type><titles><title>CONFORMIDADE COMO ARMA CONTRA A CORRUPÇÃO</title></titles><pages>38</pages><contributors><authors><author>DEL RIO, Marcos Vinícius.</author></authors></contributors><added-date format="utc">1585938489</added-date><pub-location>Belo Horizonte, MG</pub-location><ref-type name="Generic">13</ref-type><dates><year>2016</year></dates><rec-number>63</rec-number><last-updated-date format="utc">1585938827</last-updated-date></record></Cite></EndNote>

16 CARVALHO, K. C. D. "Conformidade" no Combate à Fraude Organizacional e à Corrupção In. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 109.

3. Corrupção

O termo corrupção pode ter muitos significados e interpretações diferentes, variando dependendo do tempo e do lugar. Bem como do ordenamento. Primeiramente, faz necessário destacar o significado etimológico da palavra “corrupção” que teve origem no latim “lat corruptio”, quer dizer “ato de quebrar aos pedaços”, ou seja, corromper ou desfazer algo¹⁷.

Para Philip Nichols a corrupção é o abuso, o desvio de poder ou de confiança em benefício próprio¹⁸. De acordo com o pesquisador, poder ou confiança deve ser interpretado de forma ampla podendo ser ou não um funcionário ou chefe, além disso, o foco é no benefício pessoal e não as razões para a concessão do poder ou confiança¹⁹.

Exemplificando: a pessoa que será responsável por uma determinada contratação, devido a isso recebe um “pagamento extra” de um fornecedor e em troca do “agrado” recebido o agente contra esse fornecedor. Configura um caso de benefício pessoal, visto que o valor recebido deveria ter sido repassado à empresa em forma de desconto na contratação de determinado produto ou serviço. Entretanto, o agente fica com o pagamento ao invés de repassá-lo a empresa, constituindo assim um benefício pessoal.

Susan Rose-Ackernan, define corrupção como o “abuso de um poder confiado para ganho em benefício próprio”. A corrupção pode manifestar de várias de formas como: suborno, peculato, nepotismo, tráfico de influência, conflitos de interesses, fraude contábil, fraude eleitoral entre outros²⁰.

Posto isto, evidencia-se que o suborno, consiste em

17 Corrupção. In. @michaelis.uol: Editora Melhoramentos Ltda., vol. 2022.

18 NICHOLS, P. M. The Psychic Costs of Violating Corruption Laws. 2012, vol. 45.

19 Ibid.

20 NAÍM, M. Corruption Eruption. 1995. Available from Internet:<<https://carnegieendowment.org/1995/06/01/corruption-eruption-pub-648>>.

contrapartida, o indivíduo contratante recebe algum tipo de benefício pessoal e em troca abuso ou desvio de poder²¹, como foi exemplificado acima.

Moisés Naím, em seu brilhante artigo “Corruption Eruption”, compara a corrupção com o câncer, visto que existem diferentes tipos de câncer e requerem tratamentos específicos, para combater a corrupção também necessita de iniciativas de ferramentas e instituições diferentes. De acordo com esse artigo, utiliza o exemplo, da lavagem de dinheiro associada ao tráfico de drogas é um fenômeno diferente da corrupção, que muitas vezes distorce a compra de grandes obras públicas por um Governo usando a mesma abordagem com Instituições para lidar com casos semelhantes certamente é pouco eficaz, do que direcionar cada estratégias que incorporem suas características relevantes²².

Naím, classifica a corrupção em três categorias denominadas de: corrupção corporativa competitiva, corrupção instigada pelo crime organizado e corrupção política²³.

De acordo com Naím, a corrupção corporativa competitiva aborda as práticas que são consideradas ilegais e que as empresas utilizam para mantê-las competitivas no mercado, busca o interesse da empresa. Nesse sentido, utiliza-se a título de exemplo o pagamento de dinheiro a funcionário do governo para ganhar licitações públicas. Já a corrupção individual também corre nas empresas, no entanto, nesse caso recai sobre os empregados, quando esses utilizam de seus cargos para ter algum tipo de benefício pessoal contra o interesse da empresa.

Diante disso, observa-se que a corrupção pode aparecer diversas formas como nepotismo, conluio, suborno, roubo, advocacia administrativa etc., conforme destacado abaixo:

21 NICHOLS, P. M. The Business Case for Complying with Bribery Laws. 2020. Available from Internet:<<https://papers.ssrn.com/abstract=2568018>>Available from Internet:<<https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=2568018>>.

22 NAÍM, M. Corruption Eruption. 1995. Available from Internet:<<https://carnegieendowment.org/1995/06/01/corruption-eruption-pub-648>>.

23 Ibid.

O suborno consiste em contrapartida, a troca explícita de algum tipo de benefício pessoal em troca do abuso ou desvio de poder. A Extorsão ocorre quando alguém que detém tem a intenção de prejudicar terceiro ou utilizar o poder/cargo para negar-lhe um direito a menos que lhe dê um benefício pessoal. O Roubo, ocorre quando alguém a quem foi confiado algo ou alguém que detém o poder sobre algo age contra as leis²⁴

O peculato é muito semelhante ao roubo, mas peculato ocorre quando alguém está agindo dentro das regras e ainda assim abusa do seu poder ou da confiança para obter alguma vantagem que não deveria.

O nepotismo de todas essas iterações, é o mais difícil de se lidar. É um pouco diferente dos demais, visto que consiste em favoritismo com base na afinidade e não no mérito. A forma mais comum de nepotismo, claro, é o favorecimento de algum filho ou de algum parente. Mas nepotismo também ocorre em outros grupos afins. Favorecer alguém com quem já estudou, favorecer pessoas que estão na mesma tribo o clã político (Brei 1996).

Nepotismo é um pouco diferente porque às vezes o dano causado, e há danos causados pelo nepotismo, tem a compensação da facilidade com que as transações acontecem porque as pessoas estão familiarizadas umas com as outras. Entretanto, é prejudicial e se inclui nas iterações da corrupção. Há outro tipo de corrupção que é tão importante que precisamos falar sobre ele por um instante. Mesmo que não faça parte desta definição e que este tipo de corrupção seja influência indevida²⁵.

Influência indevida não necessariamente envolve um abuso de poder diretamente para algum tipo de benefício pessoal. Mas influência indevida ainda é considerada pela maioria das pessoas no mundo como corrupção. E influência indevida ocorre quando

24 NICHOLS, P. M. The Business Case for Complying with Bribery Laws. *American Business Law Journal*, 2012-05-22 2012, 49(2).

25 ROBIN, T. So what really is the problem about corruption? <http://dx.doi.org/10.1080/01436599913640>, 25 Aug 2010 1999, 20(3), 491-502.

uma pessoa, através de algum tipo de reação, se aquela relação tem a ver com afinidade ou se aquela relação tem a ver com algum tipo de transferência de benefícios, pode mudar a política, pode mudar decisões, pode mudar a maneira como as coisas acontecem de forma que outras pessoas não podem²⁶.

Influência indevida é fazer uma enorme campanha e então ser capaz de falar com o congressista quando outros não podem. Influência indevida é quando uma pessoa, devido à posição em que nasceu, pode desvirtuar a direção traçada por um país ou o desenrolar de uma nação. Influência indevida é o acesso que indivíduos não conseguem por mérito, porque eles devem ter esta influência, E ainda é uma influência que exercitam quando outros não podem.

4. A IMPORTANCIA DO ESTUDO SOBRE CORRUPÇÃO

O simples fato de existir a corrupção em todo o mundo, não explica completamente a necessidade do seu estudo. A pesquisa sobre corrupção é profunda e fascinante, bem como intelectual, o assunto é rico, visto que reúne conceitos de direito, moralidade, economia, governança eficaz e estrutura social. Além disso, é um fenômeno real que afeta diretamente as vidas e bem-estar de bilhões de pessoas e milhares de organizações (NICHOLS 2012).

26 ROSE-ACKERMAN, S. AND B. J. PALIFKA Corruption and government: causes, consequences, and reform. Edtion ed. New York, NY: Cambridge: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperbac.consequences, and reform</style>. Edtion ed. New York, NY: Cambridge: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperbac.</DisplayText><record><isbn>978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperbac</isbn><titles><title>Corruption and government: causes, consequences, and reform</title></titles><access-date>15/06/2022</access-date><contributors><author>ROSE-ACKERMAN, Susan</author><author>PALIFKA, Bonnie J.</author></authors></contributors><edition>Second Edition</edition><language>Inglês</language><added-date format="utc">1655298900</added-date><pub-location>New York, NY: Cambridge</pub-location><ref-type name="Book">6</ref-type><dates><year>2016</year></dates><rec-number>80</rec-number><publisher>Cambridge University Press</publisher><last-updated-date format="utc">1655303462</last-updated-date></record></Cite></EndNote>

Antes de tudo, em um passado recente, os estudos sobre corrupção eram limitados a esfera da Ciências Políticas ou a Sociologia, o que deixou por muitos anos grande parte da população alheia sobre o desenvolvimento e evolução da sociedade. Devido a importância da matéria, atualmente, existe alta demanda em pesquisas sobre o papel do dinheiro na política, tráfico de influência e reforma do financiamento de campanhas²⁷.

Entender a corrupção não envolve apenas apossar de valores de um partido e se migrar para outro partido ou transferência de renda ou por alterar incentivos. Quando a sociedade entende os prejuízos reais, bem como seus direitos e deveres como cidadãos a tendência é uma sociedade mais consciente e menos corrupta.

Não é novidade dizer, a alienação da sociedade e o medo são modelos utilizados por milhares de anos por governantes como forma de manutenção de poder. Em uma passagem interessante do livro *Mais esperto que o Diabo*²⁸, escrito em 1938, por Napoleon Hill, retrata que o alienado é “muito preguiçoso para usar o cérebro”.

Além disso, o “Diabo” no referido livro menciona a importância do saber, de questionar e entender sobre os direitos, tendo em vista os maléficos de ficar à mercê da boa vontade dos governantes quando a população escolhe “não saber”²⁹.

Devido a globalização, o maior acesso à informação, cada vez mais a população interessa mais pela política, veem a necessidade de cobrar dos candidatos eleitos condutas probas e percebem a importância da participação da população em reduzir a corrupção governamental. Diante dessa maior participação popular, conseqüentemente, houve uma maior exposição da política e a sociedade teve acesso ao que uma política colusiva e suja pode

27 ELLIOTT, K. A. *Corruption as an International Policy Problem: Overview and Recommendations* 1997.

28 HILL, N. *Mais esperto que o Diabo*. edited by D. PESSOAL. Edtion ed. Porto Alegre, 2019.

29 Ibid.

ser³⁰.

Á vista disso, nos últimos anos o mundo está presenciando milhares de protestos contra a corrupção, como destacado abaixo:

Em setembro de 2018, por três dias, milhares de pessoas reuniram pacificamente na praça na Guatemala protestando contra a corrupção, exigiam que o presidente Jimmy Morales renunciasse o mandato e que prosseguisse com a missão de anticorrupção conduzida pela ONU³¹.

Em 2003, dezenas de milhares de pessoas se manifestaram contra eleições fraudulentas, corrupção e outros aspectos não democráticos do regime de Kuchma. Em 2005, após uma série de eleições contestadas, manifestações e decisões judiciais, Viktor Yuschenko - o líder do partido contra Kuchma - tornou-se o presidente da Ucrânia³².

A população dos países da Índia³³, do Iraque³⁴, do Brasil³⁵, da Itália³⁶ também foram as ruas exigindo um país livre de corrupção e com melhores condições de vida.

Resumidamente, diversas pesquisas relatam que a corrupção deturba as decisões econômicas, bem como dificulta as relações comerciais transnacionais, dificulta a burocracia, e corrompem severamente as estruturas sociais³⁷.

Todavia, não é apenas a população que está estafada com a

30 NAÍM, M. Corruption Eruption. 1995. Available from Internet:<<https://carnegieendowment.org/1995/06/01/corruption-eruption-pub-648>>.

31 GLOBO, O. Terceiro dia de protestos reúne milhares contra a corrupção na Guatemala. O Globo, 2018-09-12 2018.

32 NICHOLS, P. M. AND U. O. PENNSYLVANIA United States v. Lazarenko: Filling in Gaps in Support and Regulation of Transnational Relationships 2007 2007.

33 GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. Protestos contra corrupção paralisam Congresso na Índia. In. @g1.globo.com: G1, 2011, vol. 2022.

34 FERNANDES, R. C. Protestos ganham intensidade em dia de banho de sangue em Karbala 2020.

35 UOL. Protestos contra governo e a corrupção reúnem mais de 1,7 milhão pelo Brasil, dizem PMs. In POLÍTICA. @uol: UOL Notícias, 2015, vol. 2022.

36 QUEIROZ, F. Em protesto contra corrupção, italiano despeja tinta vermelha nas águas da Fontana di Trevi - Comunita Italiana. In. @comunitaitaliana, 2017, vol. 2022.

37 Apud NICHOLS, P., G. SIEDEL AND M. KASDIN Corruption as a Pan-Cultural Phenomenon: An Empirical Study in Countries at Opposite Ends of the Former Soviet Empire. 39 Tex. Int'l LJ, 2004, 215.

corrupção e busca uma solução, pelo contrário, cada vez mais as empresas e os Governos estão engajados em combate a corrupção.

Os impactos da corrupção são amplos e causam enormes prejuízos, devido a isso, cada vez mais as empresas e o Governo estão implementando políticas públicas em busca de minimizar tais riscos.

A corrupção tem um custo altíssimo aos países, segundo o estudo realizado pela Comissão Europeia, apenas em relação aos países pertencentes à União Europeia o custo é entorno de 120 milhões de euros por ano, conforme destacado abaixo:

Estima-se que a corrupção, por si só, represente um custo para a economia da União Europeia equivalente a 120 mil milhões de euros por ano, apenas um pouco menos do que o orçamento anual da União Europeia. Por conseguinte, combater a corrupção contribui para a competitividade da União na economia global³⁸.

A corrupção aumenta as despesas do Estado e diminui o orçamento estatal, afetando diretamente a todas as esferas da sociedade, contribui para manutenção da desordem, aumenta a pobreza, concentração de riquezas e conseqüentemente estimula na manutenção dessa cultura criminosa, visto que a sociedade não acredita nas instituições³⁹.

Algumas conexões entre corrupção e desenvolvimento econômico são claras, como quando ocorrem investimentos públicos desviados para bancos de offshore, através do superfaturamento de obras públicas, licitações e contratos administrativos, enriquecendo determinados funcionários do Estado e operadores do Mercado, e empobrecendo populações inteiras; quando políticos e burocratas estatais são colocados à venda, Direitos Fundamentais expõem-se a perigos imensos, e políticas públicas transformam-se em farsas. E pensar que já foram festejados estes cenários como benefícios da corrupção, sem atentar para o fato que, ao mesmo tempo, geram estragos e estrangulamentos burocráticos, pelo simples fato de que os beneficiados aqui são muito poucos, enquanto os custos são altíssimos para

38 COMISSÃO EUROPEIA. Compreender as políticas da União Europeia: A luta da União Europeia contra a fraude e a corrupção. In D.-G.D. COMUNICAÇÃO. Bruxelas: @europa-eu, 2014.

39 LEAL, G. G. CORRUPÇÃO, DEMOCRACIA E MERCADO: HORIZONTES TURVOS. In REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL Curitiba/PR, 2017, vol. 8

muitos (geralmente os mais pobres)⁴⁰.

É evidente o que mais impulsiona a corrupção, violência na sociedade é a impunidade⁴¹, devido a essa percepção surgiu a necessidade de editar novas medidas para combater essas condutas, observado que a legislação vigente, à época, era exígua para atingir o objetivo de inibir fraudes⁴².

Nesse passo, como vimos Instituições frágeis, é alvo de corrupção e conseqüentemente tomam má decisões em relação à infraestrutura, bem como alocações de recursos públicos, a economia fica fragilizada, há uma profunda desconexão entre os governos e as pessoas, violações dos direitos básicos daqueles povos, pobreza endêmica e baixos padrões de vida⁴³.

a corrupção que cria externalidades negativas amplamente sentidas, como infraestrutura insegura ou degradação ambiental, será mais prejudicar social e politicamente do que a corrupção que simplesmente realoca rendas econômicas decorrentes de políticas governamentais ou concorrência imperfeição. O mais prejudicial de todos, no entanto, é a corrupção que é generalizada todos os níveis. Dadas as dificuldades no controle da corrupção, não é provável ser compatível com o crescimento econômico sustentável a longo prazo, assim como não é compatível com a democracia sustentável⁴⁴.

Além disso, Dalton, “pontua que o nível de corrupção pode influenciar as crenças e atitudes das pessoas. Vivendo de uma forma relativamente ambiente livre de corrupção pode levar a mudanças de atitudes quanto a aceitabilidade” .

A corrupção ocasiona dispendiosos prejuízos nas empresas, por conta disso, cada vez mais o setor privado está investimento em maneiras de controlar seus funcionários e pensam em ter alguma

40 Ibid.

41 GONSALES, A., A. C. SERRA, C. GAZONI, D. LEME, et al. Manual de conformidade: COMPLIANCE MASTERMIND – VOL. 1. Translated by M.L.R.D. CUNHA. Edtion ed. São Paulo;SP: Aúani Cusma de Paula, 2019. ISBN 978-65-80798-00-1.

42 CARVALHO, K. C. C. D. “Conformidade” no Combate à Fraude Organizacional e à Corrupção In. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 109.

43 NICHOLS, P. M. The Psychic Costs of Violating Corruption Laws. 2012, vol. 45.

44 ELLIOTT, K. A. Corruption as an International Policy Problem: Overview and Recommendations 1997.

vantagem indevida frente a empresa. Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a integridade é utilizada como meio de inibir corrupção e desvios, impactando positivamente nos frutos da administração (GONSALES, SERRA, GAZONI, LEME, Sibille, FARIA, LUCENA, LOOSLI, ZENKNER, IKO, CUNHA, PUNDER and PIRONTI 2019).

Nesse sentido, percebe-se a preocupação do legislador de editar leis específicas a respeito referente a corrupção privada.

Desde 1998, a União Europeia já adota essa postura (Ação Comum n.º 98/742/JAI do Conselho da União Europeia), que foi seguida pela Convenção Penal sobre Corrupção e, em 2003, pela Decisão-Quadro 2003/568/JAI, emanada do Parlamento Europeu, a qual determina aos Estados-membros a criminalização da hipótese. Muitos países europeus, inclusive Portugal, deram tratamento especial à corrupção privada em suas legislações criminais internas, somando-se à Alemanha, a Inglaterra e à França, que já o faziam desde o início do último século⁴⁵.

Frisa-se uma forma peculiar de pensar sobre a corrupção é análise estática⁴⁶, quando consideram a corrupção ser benéfico as empresas, tratando-a como o “óleo que lubrifica as engrenagens do Estado e da economia”⁴⁷, em outras palavras, contorna as barreiras da burocracia, visto que permitiria investimento maior em inovação, negócios, crescimento econômico etc.. Segundo a vertente, certas práticas ilegais ou imorais poderiam até ser benéficas para alguns países, desde que mantidas sob certo controle, e deveriam ser vistas como chaves para favorecer o desenvolvimento econômico⁴⁸.

_____Todavia, sob uma análise estática, exógena, e simplificada de

45 GONSALES, A., A. C. SERRA, C. GAZONI, D. LEME, et al. Manual de conformidade: COMPLIANCE MASTERMIND – VOL. 1. Translated by M.L.R.D. CUNHA. Edition ed. São Paulo;SP: Aúani Cusma de Paula, 2019. ISBN 978-65-80798-00-1.

46 NICHOLS, P. M. The Fit between Changes to the International Corruption Regime and Indigenous Perceptions of Corruption in Kazakhstan. University of Pennsylvania Journal of International Law [Type of Work]. 2001, vol. 22, no. 4, pp. 863. Available from Internet:<<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1308&context=jil>>Available from Internet:<<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol22/iss4/3>>. ISSN 1086-7872.

47 ODILLA, F. Estudos polêmicos desafiam lógica e ligam corrupção a crescimento econômico. BBC Brasil em Londres, 08/03/2018 2018.

48 GRAY, C. L. W. AND D. KAUFMANN. Corruption and Development. In Finance & Development 1998a, p. 4.

um pedido de suborno pode transparecer que existira um proveito, no entanto em análises aprofundadas, sugerem o contrário, inclusive indicando que comportamentos corruptos onera a empresa⁴⁹.

Kaufman e Wei fizeram uma pesquisa e examinaram o custo de aquisição de capital em alguns países onde os burocratas podem exercer um controle considerável sobre o fluxo de capital, tendo o intuito de verificar as empresas que pagam subornos governo obtém capital a custos mais baixos. No entanto, Kaufman e Wei descobriram o contrário, que as empresas que pagaram mais subornos também um custo de capital mais alto e não menor⁵⁰.

Segundo Nichols, a corrupção deve ser vista como uma relação dinâmica⁵¹ diferente ACKERMAN que entende que deve ser visto como estático⁵². Nichols, em suas pesquisas percebeu entre as empresas que escolhem pagar subornos, estas gastam mais dinheiro e tempo lidando com burocracias. Além disso, taxas menos de crescimentos, de vendas, precisam gastar mais para conseguir capital⁵³.

Daniel Kaufman e Shang-Jin Wei sugerem uma análise dinâmica da corrupção na empresa nível. Eles desenvolvem um modelo teórico que olha além dos efeitos de uma

49 NICHOLS, P. M. AND U. O. PENNSYLVANIA The Business Case for Complying With Bribery Laws. *American Business Law Journal*, 2012 2012, 49(2), 1.

50 apud Ibid.

51 Ibid.

52 ROSE-ACKERMAN, S. AND B. J. PALIFKA Corruption and government: causes, consequences, and reform. Edtion ed. New York, NY: Cambridge: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperback.consequences, and reform</style>. Edtion ed. New York, NY: Cambridge: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperback.</DisplayText><record><isbn>978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperback</isbn><titles><title>Corruption and government: causes, consequences, and reform</title></titles><access-date>15/06/2022</access-date><c ontributors><authors><author>ROSE-ACKERMAN, Susan</author><author>PALIFKA, Bonnie J.</author></authors></contributors><edition>Second Edition</edition><language>Inglês</language><added-date format="utc">1655298900</added-date><pub-location>New York, NY: Cambridge</pub-location><ref-type name="Book">6</ref-type><dates><year>2016</year></dates><rec-number>80</rec-number><publisher>Cambridge University Press</publisher><last-updated-date format="utc">1655303462</last-updated-date></record></Cite></EndNote>

53 NICHOLS, P. M. AND U. O. PENNSYLVANIA The Business Case for Complying With Bribery Laws. *American Business Law Journal*, 2012 2012, 49(2), 1.

única transação. Eles baseiam seu modelo em um jogo da Stackelberg entre um funcionário do governo que busca aluguel e um empresa representativa” e, em seguida, use a indução reversa para resolver o nível de equilíbrio assédio oficial e custo de tempo gasto com funcionários do governo. O modelo deles prevê que “As empresas que pagam mais subornos não apenas enfrentam uma taxa nominal mais alta de assédio em equilíbrio, mas também precisam lidar com uma maior taxa efetiva de assédio⁵⁴.”

Diante disso, podemos utilizamos como exemplo de Singapura, que devido a sua localização favorável para o comércio, principalmente, durante a Segunda Guerra Mundial, por volta da década de 1960, era suja, pobre, perigosa, um lugar onde predominava-se a ilegalidade, prostituição e drogas, sendo considerado um dos países mais corruptos do mundo⁵⁵. No entanto, atualmente, é considerada um dos países com menos corrupção do mundo, como aconteceu? Visto que, a corrupção é tratada por muitos como um câncer de difícil tratamento, que está enraizada na sociedade.

Malásia e Cingapura representam uma oportunidade valiosa para uma comparação do controle da corrupção. As duas políticas emergem de uma história semelhante, embora certamente não idêntica, e de fato foram uma vez parte do mesmo país. Cada um adotou leis para combater corrupção e cada um criou uma agência para investigar violações dessas leis. Cada um deles teve algum sucesso em restringir corrupção; Cingapura, no entanto, experimentou marcadamente mais sucesso. As diferenças entre os dois países, portanto, podem fornecer insights sobre a administração bem-sucedida de regimes legais destinado a controlar a corrupção⁵⁶.

Singapura, tem os mais baixos índices de corrupção do mundo, percebemos que utilizam leis rígidas, fiscalização eficiente, aliado com uma boa educação da população, os burocratas recebem um bom salário, burocracia estruturada, transparência e o mais importante, a mudança de mentalidade da população⁵⁷.

Existem vários estudos que apontam que a principal mudança

54 Apud Ibid.

55 NICHOLS, P. M. The Psychic Costs of Violating Corruption Laws. 2012, vol. 45.

56 Ibid.

57 Ibid.

é a da mentalidade, nada a adianta, leis rígidas se a sociedade não tiver a consciência. Digo, a sociedade, de modo geral, inclusive os governantes, sendo que as boas práticas se aplicam de cima para abaixo e assim conseguindo os resultados esperados⁵⁸.

Através do investimento em educação, Lee se propôs a criar gerações de profissionais altamente qualificados e fluentes em inglês. Além disso, ele ofereceu incentivos para empresas e investidores estrangeiros, com o objetivo de transformar Cingapura em um polo industrial. De 1960 a 1980, o PIB per capita de Cingapura aumentou 15 vezes e Cingapura tornou-se um centro financeiro global⁵⁹.

Posto isto, apura que a corrupção está presente em Singapura a contar de quando Colônia até constituição do Departamento de Investigação de Práticas Corruptas. Além do exemplo de Singapura, também pode-se destacar Hong Kong, tendo em vista que esse país no passado experimentou a corrupção endêmica⁶⁰.

Jin-Wook Choi observa que a corrupção esteve presente em quase todos os segmentos da sociedade e constituiu uma forma de vida do povo de Hong Kong. Muitos observadores caracterizam o período pré-década de 1970 corrupção em Hong Kong por ser patológica e prevalente, com serviços públicos, tais como ambulâncias ou combate a incêndios, não fornecidos sem pagamentos com “dinheiro do chá” ou “dinheiro da água”⁶¹.

Entretanto, no presente, o país é visto como um exemplo que conseguiu libertar da corrupção, haja vista que, o sucesso advém mais uma vez da mudança de pensamento da população e do compromisso dos líderes políticos⁶².

Conforme as pesquisas vão avançando, percebe-se que uma mudança e um amadurecimento em relação a corrupção. Inclusive, essa transição é percebida também no cenário social em que as leis são aplicadas em Singapura⁶³.

58 DWECK, C. Mindset: a nova psicologia do sucesso. Edtion ed.: Objetiva, 2017. ISBN 8543808243.

59 BBC NEWS BRASIL. O primeiro-ministro que transformou Cingapura de ilha sem recursos a centro financeiro. In. [@bbcbrasil](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150322_lee_cingapura_cc), 2015.

60 NICHOLS, P. M. The Psychic Costs of Violating Corruption Laws. 2012, vol. 45.

61 Apud Ibid.

62 Ibid.

63 Ibid.

A União Europeia, um membro regional da força-tarefa, desenvolveu sua próprios padrões de combate à lavagem de dinheiro com base na força-tarefa recomendações (Departamento de Estado dos EUA, 1992)⁶⁴.

A União Europeia (UE) é considerado o bloco comercial de maior influência no mundo, possui traços peculiares de aliança econômica e política, atualmente, é formada por 27 países europeus⁶⁵.

A Comissão Europeia⁶⁶ realizou um estudo denominado “A luta da União Europeia contra a fraude e a corrupção”⁶⁷, chegando em uma conclusão “que a corrupção e a fraude prejudicam gravemente a economia e enfraquecem a democracia, comprometendo a justiça social e o Estado de Direito”(CAMARGO and SANTOS 2019).

No sentido jurídico, o artigo 325º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE), trata sobre o dever que a União Europeia e os Estados-Membros tem responsabilidade de criar mecanismos para coibir a práticas de corrupção e fraudes⁶⁸.

Todavia, foi a partir de 1999, que a UE adotou medida rígida ao enfrentamento de atividades ilegais e uma delas foi a criação do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), ficando estabelecido a alçada de apurar falcatruas envolvendo direta ou indiretamente a interesses da Comunidade Europeia.(Comunicação and Union 2014)

A OLAF, criou dois programas com o objetivo de combater a corrupção e atos ilegais, o Hércules, que tem o intuito de proteger

64 Apud GLYNN, P., S. J. KOBRIN AND M. NAIM The globalization of corruption. Corruption and the global economy, 1997, 7, 17.

65 EUROPEAN COMMISSION. A UE em poucas palavras. In. @learning-corner, 2022, vol. 2022.

66 COMISSÃO EUROPEIA. Instituição da UE: Comissão Europeia. In. https://ec.europa.eu/info/index_pt, 2022, vol. 2022.

67 COMISSÃO EUROPEIA. Compreender as políticas da União Europeia: A luta da União Europeia contra a fraude e a corrupção. In D.-G.D. COMUNICAÇÃO. Bruxelas: @europa-eu, 2014.

68 Ibid.

o dinheiro dos cidadãos e o Péricles, acerca de falsificação de moedas e notas de Euro. O principal recurso utilizado é o Sistema de Informação Antifraude (SIAF), disponibilizando banco de dados que deve ser utilizado para troca de informações em relação ao enfrentamento às fraudes alfandegarias (Comunicação and Union 2014).

Ademais, a legislação prevista pela UE, Portugal também disciplina sobre a matéria como a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que trata sobre o enfrentamento ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, seguindo parâmetros internacionais, entretanto, percebe-se que essa lei não tem fácil aplicação e extremamente rígida.

O Conselho de Prevenção a Corrupção (CPC)⁶⁹, tem definição disposto na lei n.º. 54/2008 como: “entidade administrativa independente que funciona junto do Tribunal de Contas e tem como fim desenvolver, nos termos da lei, uma actividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infracções conexas”.

Noutro giro, destaca-se que em Portugal, a legislação portuguesa prevê sanções para os setores privados, públicos, inclusive em relação aos dirigentes destas e no comércio internacional. A punição pode chegar até o valor de 9,6 milhões de euros, levando em consideração a multa prevista em 10 mil euros por dia e podendo chegar a oito anos de prisão⁷⁰.

Por fim, como pode ser notado a preocupação em combater a corrupção na União Europeia e em seus países signatários, em especial Portugal, tendo em vista ser objetivo desse estudo. É possível perceber um grande avanço na legislação de compliance, modo íntegro que vem sendo implementado nos países pertencentes ao bloco econômico.

69 CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO. NATUREZA E OBJETIVOS DO CPC. In. @cpc.tcontas.pt, vol. 2022.

70 GRAY, C. W. AND D. KAUFMANN Corrupção e Desenvolvimento. In., 1998b.

CONCLUSÃO

O estudo buscou explorar o impacto da corrupção nas relações, visto que o estudo das jurídico tem grande relevância no progresso de toda a humanidade. Infelizmente, a corrupção está presente em grande parcela da sociedade, o que tem percebido está enraizada, criando muito das vezes ciclo vicioso a aprisionando nações inteiras.

Por meio do desenvolvimento deste trabalho, percebi que para entender de fato a relação existente entre a sociedade, o direito, bem como o governo e contratos o primeiro passo é aprender sobre corrupção.

A corrupção traz inúmeros prejuízos a sociedade, como financeiros para as indústrias e para o Governo. Entendo que a corrupção é um problema social, ele tira direitos fundamentais dos seres humanos, impactando diretamente ao direito a vida, a uma digna, tendo em vista que impacta no saneamento básico, quando a verba pública é desviada. Os impactos estruturais são enormes, tanto em governança, desenvolvimento, saneamento básico, meio ambiente etc.

Outrossim, atualmente tem desenvolvido práticas para inibir a corrupção, denominadas como políticas de compliance e sua inserção na empresa, conforme disposto na legislação, observando os impactos nas relações de consumo. É notável, a procura de novas maneiras de permanecer no mercado de consumo, haja vista a existência de acirrada concorrência, a qual foi facilitada pela globalização.

O mundo está passando por transformações, hoje procura-se não apenas adquirir um produto ou serviço de qualidade, mas também querem comprar junto condutas e valores éticos. Por conta dessa crescente demanda de empresas que defende a probidade em suas relações, tem incentivado cada vez a adoção da mudança de comportamento.

De acordo com a pesquisa feita, em relação aos países signatários à União Europeia, pela Comissão Europeia, a corrupção tem um custo altíssimo aos países, é entorno de 120 milhões de euros por ano.

O prejuízo financeiro atinge todos os envolvidos, inclusive, em relações consumeristas, os prejuízos são repassados aos clientes, além da possibilidade da fraude em relação a mercadoria etc. Devido a isso, é evidente a necessidade de fazer a conexão entre às áreas e mudando a visão da aplicabilidade do compliance e não de anticorrupção.

Outrossim, foi visto que o programa de integridade constrói valores, defendem condutas probas e redução de custos operacionais, essas normas reproduz a ideia do empenho para um bem maior.

Depreender quando as empresas e o Governo aplicarem medidas de transparência, propondo meios adequados aos seus colaboradores de agir frente a obstáculos que possa existir, além de criar meios que facilitem das partes, o benefício desses padrões será positivo a todos. Sendo que, as normas não se referem apenas diminuição de possíveis sanções, prejuízos financeiros, apesar disso o fortalecimento de credibilidade com a sociedade.

Por essa razão, o engajamento é essencial para ter resultados satisfatórios com a redução de corrupção, visto que a mudança cultural na organização das instituições, excedem a superficialidade social chegando aos princípios do ser humano que estão envolvidas de alguma maneira, formando uma rede de apoio e dissipando pela sociedade. Frisa-se a importância do bom exemplo, por conta disso, a transição deve iniciar pelos cargos mais altos dentro dela até alcançar seus fornecedores e só assim logrará êxito.

Diante disso, é possível perceber o quão maléfico é a corrupção para a sociedade, o impacto negativo é perceptível a todos, independente da sua classe social. Posto isto, verifica-se que a corrupção pode ser controlada e até mesmo liquidar, desde

que reúna um conjunto de fatores. Posto isto, verifica-se que é um processo longo, mas com resultados certo a toda a humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Dora Resende; CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.), Cidadania, justiça e controle social [em linha] (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível no Repositório da UPT em <http://hdl.handle.net/11328/1461>

BBC NEWS BRASIL. O primeiro-ministro que transformou Cingapura de ilha sem recursos a centro financeiro. In. https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150322_lee_cingapura_cc:@bbcbrasil, 2015.

BREI, Z. A. A corrupção: causas, conseqüências e soluções para o problema. Revista de Administração Pública, 1996, 30(3), 103-115.

CAMARGO, C. A. AND C. SANTOS FUNDAMENTOS DO COMPLIANCE (2019). Edtion ed., 2019. 119 p.

CARVALHO, K. C. C. D. “Conformidade” no Combate à Fraude Organizacional e à Corrupção In. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 109.

COMISSÃO EUROPEIA. Compreender as políticas da União Europeia: A luta da União Europeia contra a fraude e a corrupção. In D.-G.D. COMUNICAÇÃO. Bruxelas: @europa-eu, 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. Instituição da UE: Comissão Europeia. In. https://ec.europa.eu/info/index_pt, 2022, vol. 2022.

CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO. NATUREZA E OBJETIVOS DO CPC. In. @cpc.tcontas.pt, vol. 2022.

DEL RIO, M. V. CONFORMIDADE COMO ARMA CONTRA A CORRUPÇÃO. In. Belo Horizonte, MG, 2016, p. 38.

DWECK, C. Mindset: a nova psicologia do sucesso. Edtion ed.: Objetiva, 2017. ISBN 8543808243.

ELLIOTT, A. Corruption as an International Policy Problem : Overview and Recommendations KIMBERLY 1997.

ELLIOTT, K. A. Corruption as an International Policy Problem: Overview and Recommendations 1997.

EUROPEAN COMISSION. A UE em poucas palavras. In. @learning-corner, 2022, vol. 2022.

FERNANDES, R. C. Protestos ganham intensidade em dia de banho de sangue em Karbala 2020.

GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. Protestos contra corrupção paralisam Congresso na Índia. In. @g1.globo.com: G1, 2011, vol. 2022.

GLYNN, P., S. J. KOBRIN AND M. NAIM The globalization of corruption. Corruption and the global economy, 1997, 7, 17.

GONSALES, A., A. C. SERRA, C. GAZONI, D. LEME, et al. Manual de conformidade: COMPLIANCE MASTERMIND – VOL. 1. Translated by M.L.R.D. CUNHA. Edtion ed. São Paulo;SP: Aûani Cusma de Paula, 2019. ISBN 978-65-80798-00-1.

GRAY, C. L. W. AND D. KAUFMANN. Corruption and Development. In Finance & Development 1998a, p. 4.

GRAY, C. W. AND D. KAUFMANN Corrupção e Desenvolvimento. In., 1998b.

HAMMURABI, R. D. B. código de Hammurabi. Edtion ed.: Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, 1970.

HILL, N. Mais esperto que o Diabo. edited by D. PESSOAL. Edtion ed. Porto Alegre, 2019.

LEAL, G. G. CORRUPÇÃO, DEMOCRACIA E MERCADO: HORIZONTES TURVOS. In REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL Curitiba/PR, 2017, vol. 8

NAÍM, M. Corruption Eruption. 1995. Available from Internet:<<https://carnegieendowment.org/1995/06/01/corruption-eruption-pub-648>>.

NICHOLS, P., G. SIEDEL AND M. KASDIN Corruption as a Pan-Cultural Phenomenon: An Empirical Study in Countries at Opposite Ends of the Former Soviet Empire. 39 Tex. Int'l LJ, 2004, 215.

NICHOLS, P. M. The Fit between Changes to the International Corruption Regime and Indigenous Perceptions of Corruption in Kazakhstan. University of Pennsylvania Journal of International Law [Type of Work]. 2001, vol. 22, no. 4, pp. 863. Available from Internet:<<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1308&context=jil>>Available from Internet:<<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol22/iss4/3>>. ISSN 1086-7872.

NICHOLS, P. M. The Psychic Costs of Violating Corruption Laws. 2012, vol. 45.

NICHOLS, P. M. The Business Case for Complying with Bribery Laws. 2020. Available from Internet:<<https://papers.ssrn.com/abstract=2568018>>Available from Internet:<<https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=2568018>>.

NICHOLS, P. M. AND U. O. PENNSYLVANIA United States v. Lazarenko: Filling in Gaps in Support and Regulation of Transnational Relationships 2007 2007.

NICHOLS, P. M. The Business Case for Complying with Bribery Laws. American Business Law Journal, 2012-05-22 2012, 49(2).

ODILLA, F. Estudos polêmicos desafiam lógica e ligam corrupção a crescimento econômico. BBC Brasil em Londres, 08/03/2018 2018.

ODON, T. I. TOLERÂNCIA ZERO E JANELAS QUEBRADAS: sobre os riscos de se importar teorias e políticas In S.F.N.D.E.E.P.C. / SENADO. Brasília, DF, 2016.

QUEIROZ, F. Em protesto contra corrupção, italiano despeja tinta vermelha nas águas da Fontana di Trevi - Comunita Italiana. In. @comunitaitaliana, 2017, vol. 2022.

ROBIN, T. So what really is the problem about corruption? <http://dx.doi.org/10.1080/01436599913640>, 25 Aug 2010 1999, 20(3), 491-502.

ROSE-ACKERMAN, S. AND B. J. PALIFKA Corruption and government: causes, consequences, and reform. Edtion ed. New York, NY: Cambridge: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-08120-8 Hardback; 978-1-107-44109-5 Paperbac.

UOL. Protestos contra governo e a corrupção reúnem mais de 1,7 milhão pelo Brasil, dizem PMs. In POLÍTICA. @uol: UOL Notícias, 2015, vol. 2022.

ZEBO, Y. Corruption or Hypercriticism?: Rethinking Shun's Two Cases in Mencius. Contemporary Chinese Thought, 2007/09/01 2007, 39(1), 25-34.

A Demora na Transposição das Diretivas como Factor Prejudicial à Obtenção de um Elevado Nível de Proteção ao Consumidor na União Europeia

The Delay in Transposing Directives as a Detrimental Factor in Achieving a High Level of Consumer Protection in the European Union

Ana Cristina Costa Mochiaro Soares¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Alguns Apontamentos sobre a Evolução Histórica da Proteção ao Consumidor; 3. O Esforço da União Europeia em Assegurar um Elevado Nível de Proteção ao Consumidor; 4. A Demora na Transposição das Diretivas como Factor Prejudicial ao Consumidor; 5. Breve Análise do Caso Faccini Dori; 6. Conclusão.

Resumo: O Tribunal de Justiça da União Europeia vem procedendo de forma reiterada à interpretação literal do artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, ao admitir somente a aplicação direta de Diretivas na hipótese em que o Estado-Membro for parte do litígio. No caso Faccini Dori (Processo C-91/92), de 14 de julho de 1994, a Sra. Faccini Dori foi impossibilitada de invocar o direito de arrependimento garantido pela Diretiva 85/577/CEE do Conselho, para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, pelo facto de a referida normativa ainda não ter sido transposta. Almeja-se através da análise do posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia verificar se a supressão dos efeitos horizontais das Diretivas não constituiria um fator prejudicial ao elevado nível de proteção ao consumidor perseguido pela União

¹ Advogada. Mestranda da Universidade Portucalense. Quaisquer comentários e sugestões podem ser enviados para o seguinte e-mail: msoares63@hotmail.com.

Europeia.

Palavras-chave: Proteção do Consumidor na União Europeia; Efeito Horizontal das Diretivas; Caso Faccini Dori; Ausência de Transposição de Diretivas; Elevado Nível de Proteção ao Consumidor.

Abstract: The European Court of Justice has repeatedly interpreted Article 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union, by only admitting the direct application of Directives in the event that the Member State is a party to the dispute. In the Faccini Dori case (Case C-91/92), of July 14, 1994, Ms. Faccini Dori was unable to invoke the right of withdrawal guaranteed by Council Directive 85/577/EEC for contracts concluded off-premises, due to the fact that the aforementioned legislation has not yet been transposed. Through the analysis of the position of the Court of Justice of the European Union, it is aimed to verify whether the suppression of the horizontal effects of the directives would not constitute a harmful factor to the high level of consumer protection pursued by the European Union.

Keywords: Consumer Protection in the European Union; Horizontal Effect of Directives; Faccini Dori Case; Absence of Transposition of Directives; High Level of Consumer Protection.

1. Introdução

A União Europeia tem-se esmerado nas últimas décadas em garantir aos consumidores um nível de proteção elevado. O trajeto é longo e com muitos percalços, mas pode-se afirmar que:

[A] política de proteção aos consumidores é um caminho sem volta, um caminho com horizonte longínquo a ser percorrido, em que os seus integrantes terão que transpor inúmeros obstáculos em busca de um elevado nível de proteção aos consumidores. Como outras regiões do mundo, a União Europeia e os seus Estados-Membros terão que consolidar as suas políticas de proteção aos consumidores buscando a sua harmonização, entendendo as diferenças de

cada mercado e o seu dinamismo, características marcantes da economia dos séculos XX e XXI.²

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem-se posicionado no sentido de que a invocação de uma Diretiva perante um Tribunal local somente se revela possível quando fizer parte do litígio um Estado-Membro. Em outros termos, o Tribunal de Justiça da União Europeia não tem admitido o efeito horizontal das Diretivas nos litígios entre particulares, conforme bem ressaltado no excerto abaixo extraído de um artigo que trata do efeito horizontal das Diretivas:

No tocante às fontes derivadas, à exceção das Diretivas, a doutrina e a jurisprudência do TJUE não encontram resistências acerca da possibilidade de invocar os regulamentos em lides entre particulares. Quanto às Diretivas, Caramelo Gomes lança-se o desafio de enfrentamento do tema deste estudo, com a seguinte indagação: “Serão as normas das Diretivas invocáveis em litígios entre particulares?” Noutras palavras, levanta a questão do efeito direito horizontal das Diretivas. Principia o docente a responder por meio da evolução dos precedentes do TJUE, para concluir que a “Diretiva não pode ser invocada em litígios entre particulares? Noutras palavras, levanta a questão do efeito direito horizontal das Diretivas. Principia o docente a responder por meio da evolução dos precedentes do TJUE, para concluir que a “Diretiva não pode ser invocada em litígios entre particulares.”³

Caramelo Gomes conclui que uma Diretiva não pode ser invocada em litígios entre particulares, invocando como fundamento do seu posicionamento o Acórdão Marshall, de 26 de fevereiro de 1986, Processo 152/84, segundo o qual:

Quanto ao argumento segundo o qual uma Diretiva não pode ser invocada contra um particular, é conveniente sublinhar que segundo o artigo 189º do Tratado, o carácter vinculativo de uma Diretiva, sobre o qual se baseia a

2 GAUDENCIO, Aldo Cesar Filgueiras. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: proteção contratual dos consumidores nos direitos da União Europeia, Portugal e Brasil [em linha]. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015 [consult. 04/04/ 2022]. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30146/1/Da%20vulnerabilidade%20a%20hipervulnerabilidade.pdf>.

3 CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende e OLIVEIRA, Suzana Massako Hiram Loreto. O efeito direto horizontal das Diretivas e o tribunal de justiça da união europeia [em linha]. Cadernos de Dereito Actual, 2021, n.º 15, pp. 233-253 [consult. 07 abr. 2022]. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/3604/606-1634-1-PB%20%283%29.pdf?sequence=1&isAllowed=1>

possibilidade de a invocar perante um tribunal nacional, existe apenas relativamente ao “Estado-membro destinatário”. Do que resulta que uma Diretiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular e que uma disposição de uma Diretiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra tal pessoa. Assim, convém analisar se, no caso concreto, se deve considerar que a recorrida agiu enquanto particular.⁴

O entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia baseia-se no atual artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consoante o qual a Diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, não sendo aplicável, por via de consequência, de forma automática, às relações jurídicas formadas entre particulares.

Na ambiência da complexa sistematização do ordenamento jurídico da União Europeia, integrada por fontes originárias e derivadas e princípios jurídicos, incumbe ao Tribunal de Justiça a missão de assegurar o Estado de Direito, por meio da interpretação e aplicação dos tratados, para que haja uniformidade na aplicação das regras no contexto dos Estados-Membros⁵.

Aos Estados-Membros é atribuído o dever de diligenciar sobre a transposição das Diretivas adotadas pelas instituições competentes da União Europeia, assim como a referida transposição ocorra de forma tempestiva. À Comissão Europeia, por seu lado, cabe a elevada missão de zelar pela aplicação do Direito da União Europeia, sendo revestida, outrossim, de poderes próprios para fiscalizar os Estados-Membros, e deflagrar processos de infração com a finalidade de apurar a deficiente ou tardia transposição de Diretivas.

A não transposição de uma Diretiva ou sua deficiente transposição pode transformar-se num fator prejudicial à harmonização das legislações dos Estados-Membros, à garantia

4 CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende e OLIVEIRA, Suzana Massako Hirma Loreto, ref. 3.

5 GUIMARÃES, Ana Paula; CASTILHOS, Daniela Serra; BARATA, Mario. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. Revista Jurídica Portuguesa, 28, 2020, 4-29. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3306>

das liberdades fundamentais e ao bom funcionamento do Mercado Interno⁶, além de prejudicar a obtenção do elevado nível de proteção ao consumidor que a União Europeia ambiciona atingir. O posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia que não reconhece às Diretivas os efeitos horizontais, impedindo que os consumidores invoquem perante os Tribunais nacionais os direitos garantidos pelas referidas normas, também se constitui em um fator prejudicial ao atingimento do mencionado objetivo.

2. Alguns Apontamentos sobre a Evolução Histórica da Proteção ao Consumidor

Não se pretende, de forma alguma, neste sucinto tópico, abordar na sua integralidade, todos os acontecimentos relevantes que compuseram a evolução histórica dos direitos dos consumidores ao longo dos séculos, mas, simplesmente, dar algumas pinceladas a respeito de alguns marcos importantes desta longa trajetória.

A proteção do consumidor não é matéria exclusiva da Idade Contemporânea, que se iniciou com a queda da Bastilha em 1789, perdurando até os dias atuais. Pode-se dizer que a proteção outorgada aos consumidores teve sua origem em épocas imemoriais. Mesmo quando ainda não existiam as leis escritas, e no soberano eram concentradas todas as competências de um reino, inclusive a de declarar o direito aplicável aos conflitos de interesses existentes (jurisdictio), pode dizer-se que havia a proteção ao consumidor quando, ao julgar uma denúncia, o monarca determinava que fosse efetuada a reparação de um súbdito lesado em uma transação comercial. Na verdade, é possível identificar a essência de uma ideia de justiça imutável, perene e eterna, que envolveu a humanidade em todas as épocas.

6 DIREÇÃO-GERAL DOS ASSUNTOS EUROPEUS – MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS. Manual de Boas Práticas de Negociação, Transposição e Aplicação de Legislação da União Europeia [em linha]. Portugal, 2014 [consult. 04 abr. 2022]. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/AIN_Programas/Transposi%E7%E3o_atempada_MNE.pdf.

No Código de Hamurabi, datado do ano de 2300 a. C., é possível identificar os seguintes dispositivos que cuidavam da proteção aos adquirentes de produtos ou serviços, constituindo os referidos textos legais as primeiras normas positivadas das quais se tem notícia a respeito da proteção aos consumidores:

Lei 229: Se um arquiteto construiu uma casa para outro e não a tornou sólida e se a casa que ele construiu ruiu e matou o dono da casa o arquiteto será morto.

Lei 230: Se tal desabamento causar a morte do filho do dono da casa, o filho do arquiteto será morto.

Lei 231: Se matou o escravo do dono da casa, o arquiteto dará ao proprietário da casa um escravo equivalente.

Lei 232: Se o proprietário da casa perdeu os bens, o arquiteto pagará ao proprietário tudo o que foi perdido e porque não solidificou bem a casa que construiu, a reconstruirá as suas próprias expensas.

Lei 233: Se um arquiteto construiu uma casa para outro e não bem as fundações e se uma nova parede cair, este arquiteto reparará a parede as suas custas.

Lei 235: Se um barqueiro consertar um navio para outro e não fez seu trabalho bem e, naquele ano o navio se quebrar ou tiver um colapso, o barqueiro destruirá por sua própria conta esse navio e dará ao proprietário um navio sólido.⁷

No século XIII a.C., na Índia, o sagrado código de Manu previa multa e punição, além de ressarcimento dos danos aos que que adulterassem gêneros ou entregassem mercadorias de espécie inferior ao prometido ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes.

Embora não se possa falar que tenha ocorrido na Antiguidade, e em outros períodos históricos da Idade Média, uma sistematização dos mecanismos legais de defesa e proteção do consumidor, é possível notar a preocupação, ainda que de forma incipiente, de propiciar aos súbditos dos antigos reinados e dos burgos da Idade Média uma certa proteção no que dizia respeito à segurança

7 Código de Hamurabi [em linha]. Feedbooks [consult. 28/03/2022]. Disponível em: <https://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>.

e à saúde, assim como à qualidade dos produtos adquiridos ou serviços prestados⁸.

Na Europa, nos tempos modernos, foi por volta da década de cinquenta que o movimento consumista começou a surgir, de forma gradual, em alguns países europeus:

Os primeiros países a se renderem ao movimento foram França, em 1951, com a criação da Union Fédérale de La Consommation. Havia uma proteção a nível nacional, ou seja, uma união de instituições públicas e particulares cujo principal objetivo era o aconselhamento aos consumidores. Dois anos mais tarde, na Alemanha, criou-se uma cúpula de todos os grupos que operavam questões ligadas a consumo e tinha como objetivo a representação dos consumidores perante as autoridades estatais. Tal cúpula era chamada de Federação das Nações dos Consumidores. Na década de sessenta algumas instituições internacionais viram a necessidade de adesão a tal movimento, criando a Internacional Office of Consumers Unions (IOCU) em Haia e o Bureau Européen des Unions Consommateurs (BEUC) e Bruxelas. Nos anos setenta e oitenta os grandes marcos foram a Carta De Proteção do Consumidor do Conselho da Europa, influenciada pelo EUA, como leciona João Calvão da Silva (cit. P. 40); e os programas da Comunidade Econômica Europeia para uma nova política de assistência ao consumidor.⁹

Em 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) editou a resolução n.º 39/2489¹⁰ sobre a proteção ao consumidor, formulando as diretrizes abaixo listadas como forma de fortalecer a suas políticas de proteção ao consumidor:

- a) proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança;
- b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores,
- c) acesso dos consumidores à informação ade-

8 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do Consumidor*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN 978-85-97-01705-2.

9 SPRÉA, Daniel Mascoloti. *Evolução Histórica do Direito do Consumidor*. *Revistas Eletrônicas da Toledo Prudente - Encontro Naul de Iniciação Científica*, 2015, vol. 11, n.º 11, pp. 1-18. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/4962/4849>.

10 UN General Assembly, *Consumer protection: resolution / adopted by the General Assembly, 16 April 1985, A/RES/39/248*. [em linha] [consult. 28/03/2022] Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3b00f2271f.html>

- quada;
- d) educação do consumidor;
- e) possibilidade de compensação em caso de danos;
- f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade de apresentar suas visões nos processos decisórios que as afetem.

Daí por diante, um crescente número de países promoveram a incorporação de leis de proteção aos consumidores nos seus sistemas legislativos. Em 1992, com o Tratado de Funcionamento da União Europeia, as medidas de tutela dos direitos dos consumidores passaram a fundar-se em uma base jurídica independente, sendo concedido a este tema o status de política comunitária. O Tratado de Amsterdão ampliou a lista de direitos dos consumidores. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tal como incorporada nos Tratados pelo artigo 6.º do Tratado da União Europeia, estabelece que as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa aos consumidores.

O legislador europeu, por sua vez, ciente do importante papel que possui no sentido de assegurar, na atualidade, o alto nível de proteção aos consumidores, tem desenvolvido intensos esforços em tal campo, seja através da adoção de Diretivas com vista à transposição para o Direito interno dos Estados-Membros, seja através de regulamentos europeus com aplicação direta nos Estados.

3. O Esforço da União Europeia em Assegurar um Elevado Nível de Proteção ao Consumidor

Conforme destacado no tópico anterior, tem-se observado um esforço contínuo da União Europeia em encontrar soluções legislativas adequadas, de modo a assegurar o elevado nível de

proteção aos consumidores. Na nova Agenda do Consumidor¹¹ adotada pela Comissão Europeia, é adotado um quadro estratégico global, munindo a União Europeia com instrumentos para:

- a) enfrentar os novos desafios colocados pelas transições ecológica e digital, pela pandemia de COVID-19, e pelos planos de recuperação pós-COVID em matéria de direitos e de oportunidades de capacitação dos consumidores;
- b) proteger melhor os consumidores vulneráveis face às novas realidades económicas resultantes da crise provocada pela COVID-19 e às suas consequências prováveis;
- c) ter em conta a crescente importância da cooperação internacional e a sua efetiva aplicação salvaguardando os direitos dos consumidores na era da mundialização.

O elevado nível de proteção aos consumidores tem por objetivo garantir os direitos dos consumidores relativamente aos comerciantes, e oferecer uma proteção reforçada aos consumidores vulneráveis, na medida em que:

Uma política efetiva de proteção dos consumidores assegura que o mercado único possa funcionar de forma adequada e eficaz. As regras de proteção dos consumidores têm potencial para melhorar os resultados do mercado em toda a economia, além de tornar os mercados mais equitativos e, através da melhoria da qualidade da informação prestada aos consumidores, podem conduzir a resultados mais ecológicos e mais sociais. Conferir mais poder aos consumidores e proteger eficazmente a sua segurança e os seus interesses económicos tornaram-se os objetivos primordiais da política da UE.¹²

11 Cf. Nova Agenda do Consumidor de 2020. [em linha] [consult. 30/03/2022] Disponível em: https://ec.europa.eu/info/policies/consumers/consumer-protection-policy/consumer-strategy_pt

12 RATCLIFF, Christina, MARTINELLO, Barbara, KAISER, Kevin Paul. Fichas Temáticas sobre a União Europeia [em linha]. Estrasburgo: Parlamento Europeu [consult. 07 abr. 2022] Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/46/consumer-policy-principles-andinstruments>.

4. A Demora na Transposição das Diretivas como Fator Prejudicial ao Consumidor

As Diretivas são figuras componentes do direito derivado da União Europeia e como tal, necessitam ser transpostas ou incorporadas pelos Estados-Membros para que possam produzir efeitos no plano nacional. De acordo com o Tratado de Funcionamento da União Europeia, as Diretivas somente vinculam os países aos quais se destinam quanto ao resultado a alcançar, não surtindo efeito na esfera entre particulares enquanto não incorporadas ao direito nacional¹³.

Na Constituição da República Portuguesa é indicado no artigo 8º o procedimento a ser seguido para que uma Diretiva possa ser acolhida no plano nacional. Desta forma:

[N]ão se pode dizer que as Diretivas criam direitos e obrigações diretos para os cidadãos da UE: os cidadãos da UE só ficam sujeitos a direitos e obrigações quando as autoridades competentes dos Estados-membros executam a Diretiva. Em outras palavras, apenas com a transposição da Diretiva é que o cidadão poderá exercer plenamente os direitos nela contidos.¹⁴

No entanto, tendo em vista a possibilidade de os Estados-membros, arbitrariamente, não procederem à transposição devida, o que implicaria perda de eficácia dos direitos e objetivos da União Europeia, o Tribunal de Justiça possibilitou que as Diretivas produzam alguns efeitos, a fim de proteger os cidadãos da inércia estatal, e garantir que os titulares dos direitos consagrados nas Diretivas não ficassem prejudicados pela mora do Estado-Membro, ou mesmo pela insuficiente ou indevida transposição de uma Diretiva para o ordenamento nacional.

Assim, justamente com o intuito de evitar o perecimento de direitos pelos cidadãos nacionais em virtude das Diretivas não transpostas em tempo hábil, e ainda, a fim de evitar que a conduta

13 Artigo 288.º. Cf. Tratado de Funcionamento da União Europeia, ref. 3.

14 MELO, Lucas Fonseca e; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. O efeito direto das Diretivas e os direitos fundamentais. Revista de Direito Internacional. Brasília, 2016, v. 13, n. 2, p. 536-563.

omissiva estatal permaneça sem sanção, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem reiteradamente afirmado que os cidadãos podem invocar diretamente uma Diretiva, desde que preenchidas algumas condições¹⁵.

O início da construção jurisprudencial referente às Diretivas não transpostas ou insuficientemente transpostas ocorreu a partir do Acórdão Franz Grad¹⁶, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia, pela primeira vez, decidiu sobre a questão prejudicial da interpretação do direito comunitário, assim pronunciando-se sobre o tema ao adotar o parecer do Advogado-Geral:

1. O artigo 48.º (atual 45.º do TFUE) do Tratado CEE tem efeito direto nas ordens jurídicas dos Estados-membros e confere aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar.

2. O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 64/221/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1964, para coordenação das medidas especiais relativas a estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, confere aos particulares direitos que estes podem invocar em juízo e que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar.

3. O artigo 48.º (atual 45.º do TFUE) do Tratado CEE e o artigo 3.º da Diretiva 64/221 devem ser interpretados no sentido de que, ao impor restrições justificadas por razões de ordem pública, é legítimo que um Estado-membro tome em consideração, como relevante o comportamento pessoal do indivíduo em causa, o facto de este pertencer a um grupo ou organização cujas atividades são consideradas pelo Estado-membro como um perigo social, sem todavia serem proibidas e sem que sejam impostas quaisquer restrições aos nacionais desse Estado que desejem exercer uma atividade análoga ao serviço desses mesmos grupos ou organizações de particulares o dever de conhecer, em detalhe, a disposição de uma Diretiva e decidir não cumprir as disposições do direito nacional naquilo que ele seja contrário ao disposto na Diretiva.

O Tribunal, no julgamento acima citado:

[R]estringiu os efeitos horizontais das Diretivas,

15 MELO, Lucas Fonseca e; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral, ref. 14.

16 . Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 06 de outubro de 1970 [em linha], Franz Grad, C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78 [consult. 29 mar. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61970CJ0009>.

apenas permitindo o efeito direto das referidas normas, caso: 1) as suas disposições determinem direitos aos cidadãos da União de forma suficientemente clara e precisa; 2) a invocação desses direitos não deva estar sujeita a qualquer condição ou obrigação; 3) o legislador nacional não disponha de qualquer margem de apreciação acerca do conteúdo desses direitos; e 4) o prazo de transposição da Diretiva para o direito interno já tenha expirado.¹⁷

Todavia:

[O] caso é paradigmático apenas para o efeito direto em sentido vertical ascendente, ou seja, que um particular oponha a Diretiva ao Estado incumpridor, jamais no sentido vertical descendente, que possibilitaria que o Estado aproveitasse da própria torpeza para opor a norma constante na Diretiva não cumprida a um particular. A jurisprudência coincidente com a do Acórdão Van Duyn foi, posteriormente, confirmada em numerosos acórdãos que contribuíram para clarificar a noção de efeito direto não apenas das Diretivas, mas de todas as disposições do direito da União Europeia em geral. O Tribunal de Justiça, contudo, não permitiu aplicação de efeitos diretos horizontais à Diretiva, conforme constata-se do caso *Marshall v. Southampton West Hampshire Area Health Authority*: “A Diretiva não pode, por si, impor obrigações a um particular e a norma da Diretiva não pode ser invocada por um particular contra outro particular”.¹⁸

A mencionada jurisprudência foi sujeita a confirmação nos acórdãos *Vaneetveld* e *Faccini Dori*, na medida em que o Tribunal de Justiça da União Europeia aproximou-se do pensamento emanado por parte da doutrina e dos pareceres dos Advogados-Gerais, apesar de estes últimos terem um pensamento oposto, na medida em que:

[O] efeito direto vertical é visto como uma sanção ao Estado-membro pelo fato dele se manter não cumpridor de uma obrigação de transpor os direitos assegurados em determinada Diretiva para o direito interno ou transpor, erroneamente, as disposições de uma Diretiva. Contudo, na visão do Tribunal de Justiça, seria um ônus demasiadamente gravoso a recair sobre todos os particulares o dever de conhecer, em detalhe, a disposição de uma Diretiva e decidir não cumprir as disposições do direito nacional naquilo que ele seja contrário ao disposto na Diretiva.¹⁹

17 MELO, Lucas Fonseca e; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral, ref. 14.

18 MELO, Lucas Fonseca e; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral, ref. 14.

19 MELO, Lucas Fonseca e; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral, ref. 14.

Um dos principais argumentos jurídicos impeditivos do efeito direto horizontal das Diretivas não transpostas, centra-se num aspeto essencial:

[N]a interpretação literal do Tratado, antigo artigo 189.º, atual artigo 288.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, segundo o qual a Diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto aos resultados. Nessa direção, o Tribunal Europeu revisitou a matéria no caso Faccini Dori, de 14 de julho de 1994, Processo C-91/92, para reafirmar a compreensão extraída no Acórdão Marshall, de 26 de fevereiro de 1986, apesar das reflexões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz consignadas nas Conclusões, adiante densificadas. Para compreensão do caso Faccini Dori, com propriedade Caramelo Gomes rememora: Com Faccini Dori o Tribunal de Justiça foi ainda mais claro nesta matéria. Estava em causa um reenvio prejudicial DO Giudice conciliatore di Firenze, num processo opondo a senhora Faccini Dori à sociedade Recreb, relativamente a um contrato negociado entre ambos fora de estabelecimento comercial. A questão colocada pela jurisdição nacional tinha por objeto a interpretação da Diretiva 85/577/CEE, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais e, designadamente, saber se, na ausência de ato nacional de transposição, a Diretiva poderia ser invocada em tribunal num litígio entre particulares.²⁰

5. Breve Análise do Caso Faccini Dori c. Recreb

No caso Faccini Dori X Recreb²¹ uma consumidora (Sra. Faccini) adquiriu de uma empresa (Recreb), no ano de 1989, um curso de inglês por correspondência numa estação de comboio em Milão, arrependendo-se da compra poucos dias depois. Inconformada com tal circunstância, a empresa fornecedora do curso deu entrada de uma ação de cobrança, sendo a consumidora condenada a pagar à empresa os valores pertinentes à aquisição efetuada. Inconformada com a sentença prolatada, a Sra. Faccini ingressou com pedido de reconsideração, perante o próprio juiz prolator da sentença, invocando a aplicação da Diretiva 85/577/

20 CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende e OLIVEIRA, Suzana Massako Hirama Loreto, ref. 3.

21 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de julho de 1994 [em linha]. Processo C-91/92, Faccini Dori c. Recreb [consult. 30 mar. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0091&from=DA>

CEE.

A referida Diretiva, posteriormente revogada, concedia aos consumidores o prazo de 7 dias para renunciarem a contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais e a Sra. Faccini havia renunciado ao compromisso assumido dentro do referido prazo. A Diretiva invocada pela Sra. Faccini, na verdade, ainda não havia sido transposta para o Direito Italiano, razão pela qual, através do reenvio prejudicial, o juiz questionou o Tribunal de Justiça da União Europeia se deveria ser aplicada a Diretiva 85/577/CEE à lide, mesmo não tendo ocorrido ainda a incorporação da norma ao ordenamento jurídico interno

O Tribunal de Justiça da União Europeia, no julgamento do caso Faccini Dori c. Recreb, reafirmou a impossibilidade de uma Diretiva produzir efeitos horizontais, conforme se extrai do seguinte trecho da decisão proferida no emblemático caso:

A Diretiva não pode, por si, impor obrigações a um particular e a norma da Diretiva não pode ser invocada por um particular contra outro particular". A possibilidade de invocação de direitos contra entidades estatais assenta no carácter obrigatório que o artigo 189.º, lhes reconhece, e que só existe para o Estado-membro destinatário e visa evitar que um Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito comunitário. Com efeito, seria inaceitável que o Estado, a que o legislador comunitário impôs a adoção de determinadas regras destinadas a reger as suas relações ou as das entidades estatais com os particulares, e a conferir a estes o benefício de certos direitos, possa invocar a inexecução dos seus deveres para privar os particulares do benefício desses direitos. Alargar este princípio ao domínio das relações entre os particulares equivaleria a reconhecer à comunidade o poder de criar, com efeito direto, deveres na esfera jurídica dos particulares quando ela só tem essa competência nas áreas em que lhe é atribuído o poder de adotar regulamentos. Daqui resulta que, na falta de medidas de transposição nos prazos prescritos, um particular não pode basear-se numa Diretiva para pretender invocar um direito contra outro particular e invocar esse direito perante uma jurisdição nacional.²²

22 MELO, Lucas Fonseca e; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. O efeito direto das Diretivas e os direitos fundamentais. Revista de Direito Internacional. Brasília, 2016, v. 13, n. 2, p. 536-563.

6. Conclusão

O posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido de interpretar, de forma literal, o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, constitui um problema significativo para o consumidor que se encontra privado da possibilidade de invocar, contra outro indivíduo perante uma Tribunal Nacional, direitos previstos em uma Diretiva não transposta.

As Diretivas são incapazes de produzir efeito horizontal direto, razão pela qual somente quando o fornecedor do produto ou serviço for um Estado-Membro é que poderá ser promovida a execução direta da referida norma. Ocorre que, normalmente, a proteção prevista numa Diretiva da União Europeia no campo de defesa ao consumidor está relacionada às relações privadas entre o consumidor e o fornecedor. Assim, o consumidor permanecerá dependente de uma implementação nacional fiel para usufruir da proteção legal. Os consumidores, portanto, estão desprovidos dos meios idóneos a fim de promover a execução direta de uma Diretiva, ficando dependentes dos tribunais nacionais ao assegurar o “efeito indireto” de uma Diretiva interpretando o “direito nacional, de acordo com o texto da normativa”²³.

Não obstante os efeitos indiretos produzidos pela a Diretiva não transposta possam fazer com que os Tribunais sejam obrigados a interpretar o direito nacional de acordo com a mesma, tal interpretação pode não ser suficiente para garantir a totalidade dos direitos aos consumidores. No julgamento do processo C 91/92, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a Sra. Faccini Dori não poderia invocar o direito de arrependimento previsto na Diretiva 85/577/CEE pelo facto de a referida normativa ainda não ter sido transposta pelo Estado-Membro. Desta forma, é possível notar que a demora na transposição de uma Diretiva pode

23 KRUKOWSKA, Paulina e; BOLESTA Luka. Direct and Indirect Effect in EU Consumer Law in the Light of Faccini Dori, Dillenkofer and other EU Cases [em linha]. *Studenckie Zeszyty Naukowe*, 2014, vol. XVII, n.º 25, pp. 21-28 [consult. 29.03.2022]. Disponível em: <https://journals.umcs.pl/szn/article/view/300>.

impedir que o consumidor extraia efeitos diretos dessa Diretiva, obstaculizando o acesso a rede de proteção outorgada pela União Europeia.

Chega-se à conclusão, portanto, que a interpretação literal do artigo 288.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, pode conduzir ao enfraquecimento do sistema protetivo construído para garantir o elevado nível de proteção ao consumidor perseguido pela União Europeia, tendo em vista a impossibilidade de ele utilizar, a seu favor, dos direitos inseridos em Diretivas não transpostas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 06 de outubro de 1970 [em linha], Franz Grad, C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78 [consult. 29 mar. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61970CJ0009>

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de julho de 1994 [em linha]. Faccini Doric. Recreb, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 [consult. 30 mar. 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61992CJ0091>.

ALVES, Dora Resende; CASTILHOS, Daniela Serra. A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In G. A. Bedin (org.), Cidadania, justiça e controle social [em linha] (pp. 10-21). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível no Repositório da UPT em <http://hdl.handle.net/11328/1461>

CASTILHOS, Daniela Serra; ALVES, Dora Resende e OLIVEIRA, Suzana Massako Hiram Loreto. O efeito direto horizontal das Diretivas e o tribunal de justiça da união europeia [em linha]. Cadernos de Dereito Actual, 2021, n.º 15, pp. 233-253 [consult. 07 abr. 2022]. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/3604/606-1634-1-PB%20%283%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Código de Hamurabi [em linha]. Feedbooks [consult. 28/03/2022]. Disponível em: <https://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>.

DIREÇÃO-GERAL DOS ASSUNTOS EUROPEUS – MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS. Manual de Boas Práticas de Negociação, Transposição e Aplicação de Legislação da União Europeia [em linha]. Portugal, 2014 [consult. 04 abr. 2022]. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/AIN_Programas/Transposi%E7%E3o_atempada_MNE.pdf.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Direitos do Consumidor. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN 978-85-97-01705-2.

GAUDENCIO, Aldo Cesar Filgueiras. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: proteção contratual dos consumidores nos direitos da União Europeia, Portugal e Brasil [em linha]. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015 [consult. 04/04/ 2022]. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30146/1/Da%20vulnerabilidade%20a%20hipervulnerabiliade.pdf>.

GUIMARÃES, Ana Paula; CASTILHOS, Daniela Serra; BARATA, Mario. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. Revista Jurídica Portucalense, 28, 2020, 4-29. [consult. 24 de março de 2022]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3306>

KRUKOWSKA, Paulina e; BOLESTA Luka. Direct and Indirect Effect in EU Consumer Law in the Light of Faccini Dori, Dillenkofer and other EU Cases [em linha]. Studenckie Zeszyty Naukowe, 2014, vol. XVII, n.º 25, pp. 21-28 [consult. 29.03.2022]. Disponível em: <https://journals.umcs.pl/szn/article/view/300>.

MELO, Lucas Fonseca e; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. O efeito direto das Diretivas e os direitos fundamentais. Revista de

Direito Internacional. Brasília, 2016, v. 13, n. 2, p. 536-563.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Consumer protection: resolution / adopted by the General Assembly, A/RES/39/248 [em linha]. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 1985 [consult. 28 mar. 2022] Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3b00f2271f.html>.

SPRÉA, Daniel Mascoloti. Evolução Histórica do Direito do Consumidor. Revistas Eletrônicas da Toledo Prudente - Encontro Naul de Iniciação Científica, 2015, vol. 11, n.º 11, pp. 1-18. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/4962/4849>.

RATCLIFF, Christina, MARTINELLO, Barbara, KAISER, Kevin Paul. Fichas Temáticas sobre a União Europeia [em linha]. Estrasburgo: Parlamento Europeu [consult. 07 abr. 2022] Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/46/consumer-policy-principles-andinstruments>.

Tratado de Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, C 326 [em linha]. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2012-10-26, pp. 47-390. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

Democracy, Normalisation and Difference: (The Right Of) Prison Labour in Portugal

Marco Ribeiro Henriques¹

Summary: I. The labour right in the prison context; II. The legislative evolution of prison labour in Portugal; III. Prison labour nowadays in Portugal; IV. The prison labour modalities under de Portuguese's context; V. The rights and duties of working inmates; VI. Labour relationship dissolution; Conclusion.

Abstract: The present chapter proposes a normative vision tangential to the organization of the work done by prisoners in Portuguese prisons while serving custodial sentences. It proposes an approach described in the light of the concerted legal norms that regulate the exercise of prison work. When reading this text, the indication of an article of the “Code” refers to the main norm Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, approved by Law N.º. 115/2009, of 12 October. The reference to an article of the “Regulation”, in turn, refers to the general prison’s regulation norm Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, approved by Decree N.º. 51/2011 of 11 April. Beginning with how the law intends that prison labour should function as a means to achieve the social reintegration of inmates when exposing these parameters, it is observed how each one seeks to favour re-socialization. Analyzing the sufficiency of prison work to achieve the end that is proposed.

Keywords: Prison Labour; Normalization; Prison.

Resumo: O presente capítulo propõe uma visão normativa tangencial à organização do trabalho realizado pelas pessoas presas dentro das prisões portuguesas durante o cumprimento de penas

¹ Assistant Professor at Politécnico de Viseu. Integrated Researcher at CEDIS - Research Centre on Law and Society. E-mail: mpcardoso@esev.ipv.pt

de privativas de liberdade. Propõe-se uma abordagem descrita à luz das normas jurídicas concertadas que regulam o exercício do trabalho prisional. Na leitura deste texto, a indicação de um artigo do “Código” remete para o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro. A referência a um artigo do “Regulamento”, por sua vez, remete para o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, aprovado pelo Decreto-lei n.º 51/2011, de 11 de abril. Principiando pela forma como a lei pretende que o trabalho prisional funcione como meio para alcançar a reinserção social dos reclusos aquando da exposição destes parâmetros observa-se a forma como cada um busca favorecer a ressocialização. Analisando-se a suficiência do trabalho prisional para realizar o fim que lhe é proposto.

Palavras-chave: Trabalho prisional; Normalização; Prisão.

1. The labour right in the prison context

In determining the maintenance of the fundamental rights of inmates, the provisions of Article 30 of the Portuguese Constitution (CRP) aim to limit the paradox of the prison sentence: the only way to truly achieve the socialising function of the sentence is to foster the offender’s sense of responsibility and of belonging to the community so that the prisoner must have the same fundamental rights as any free citizen.

The prison sentence aims only to affect the freedom of movement of the convicted person, keeping intact other rights², since the restriction of fundamental rights is naturally desocializing, as it moves the individual away from his normal social status - and

2 It is certain, however, that the prison sentence also restricts, to a large extent, freedom of expression and the rights to family and privacy. In this sense, cfr. ALBUQUERQUE. P. (2006). *Direito Prisional Português e Europeu*. Coimbra: Coimbra Editora.

as such is contrary to the purpose of reintegration³.

The Constitutional text, however, safeguards the limitations inherent to the meaning of the sentence and the requirements of its execution. It should be noted that such limitations require a law that respects the principles listed in Article 18 of the CRP, under penalty of being given space to the arbitrariness of the prison administration in prejudice to the human dignity of prisoners⁴.

Article 58(1) of the CRP states that everyone has the right to work, enshrining work as a fundamental right of citizens. In the original wording of the fundamental law, this right was inseparable from the duty to work. However, after the constitutional revision of 1997, this binomial was eliminated, making it clear that it is not legitimate for the State to impose on individuals compulsory work or the performance of a certain type of work⁵.

Work is an essential element in the formation of personality, but also an integrating element of the personality itself. It is also a condition for stabilising the mind and plays a therapeutic role in human life.

The fundamental right to work shall not be restricted by imprisonment unless the conditions of Article 30(5) of the Code are met. This necessarily has two consequences: on the one hand, prisoners have the right to work during their stay in prison and, on the other hand, no obligation to work may be imposed on them.

It should be emphasised that the right to work is not synonymous with the right to effective occupation: naturally, the provisions of Article 58 of the Constitution do not constitute the

3 In this sense, cfr. RODRIGUES, A. (2002). *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, 2nd Ed. Coimbra: Coimbra: Coimbra Editora.

4 As requirements of the respective execution, Article 6 of the Penitentiary Act provides for restrictions to the rights of prisoners for reasons of order and security of the prison institution. Article 6 of the Penitentiary Code provides restrictions to the rights of prisoners for reasons of order and security of the prison establishment, having as limit the provisions of this law.

5 MEDEIROS, R. (2017). "Annotation to Article 58". in MIRANDA, J. and MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.

State's duty to effectively occupy all citizens. On the contrary, the State is only responsible for creating the conditions necessary for everyone to effectively exercise their right to work⁶.

The validity of these statements is maintained when transposed to the penitentiary system: despite the right to work is enshrined in Article 7 (1), paragraph h) of the Code, the prison establishment is only under a general duty to ensure the exercise of that right within the limits of what is possible (see Article 41(2) of the Code).

Thus, as in life in freedom, the prisoner does not have the right to demand paid labour occupation, although prison services are legally obliged to ensure the necessary conditions for the right to work to be exercised (article 7, (3) of the Code).

As work is a social right, prison establishments may not force prisoners to work. Moreover, such an imposition would be contrary to the principle of voluntary participation of the offender in his re-socialization process and even counterproductive, as it would create a feeling of revolt in the inmate. It will always be up to the prisoner to decide whether or not he will be influenced by the sentence to which he is subjected, but this sentence is certainly carried out even against his will and independently of it⁷.

The reading of the provisions of Article 79, paragraph 2 of the Regulation makes unequivocal the optional content of prison work, by establishing that the prisoner may express an interest in developing a certain work activity.

Concerning international instruments, Convention n.º 29 of the International Labour Organisation approved for ratification by Decree n.º 40 646 of 16 June 1956, seems to allow, by the provisions of Article 2, (2), paragraph c), the compulsory nature of prison work, provided that it is the result of a judicial conviction, subject to supervision and control by public authorities and that the worker is not placed at the disposal of private individuals.

6 Iden.

7 BOAVIDA, J. (2017). *Direito Disciplinar Penitenciário*. Coimbra: Almedina.

However, in more recent documents, namely the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners⁸ and the European Prison Rules⁹, work is seen as a prisoner's right: Rule 96/1 of the Standard Minimum Rules states that all sentenced prisoners should have the opportunity to work, while Recommendation 26.2 states that prison authorities should endeavour to provide sufficient and useful work.

The conclusion that it is impossible to impose a duty to work on the inmate cannot, however, be confused with an impossibility to impose duties on him as a worker. As soon as a prisoner is assigned to a job, he is subject to several duties (provided for in Article 82 of the Regulation), under penalty of extinction of the work activity. This is the only way to guarantee the promotion of their sense of responsibility, essential to achieving the purpose of social reintegration.

Related to the right to work is the right of freedom of choice of profession, constitutionally provided in Article 47, paragraph 1. This right is largely restricted as a result of the prison sentence, which is associated with the circumstance that prisons do not have the capacity (economic, organizational or even physical) to offer as many liberal occupations as those existing in the free environment. However, the preferences of the prisoner should be taken into account when he or she is offered work, as required by the provisions of Article 41, paragraph 2 of the Code, thus reducing the limitation of this right.

2. The legislative evolution of prison labour in Portugal

8 These rules enunciate a set of good principles and practices in the treatment of prisoners and in the management of prisons (see preliminary observation 1), having the nature of soft law. General Assembly Resolution 70/175, adopted on 17 December 2015, also dubbed the Nelson Mandela Rules amend the original text dating from 1955 to make it compatible with current ideals of justice and human rights standards.

9 Contained in an annexe to Recommendation REC(2006)2 of the Council of Europe Committee of Ministers, these rules provide the Member States with guidelines for prison lawmaking and practice.

Until the second half of the 18th-century prison represented an exceptional measure, serving mostly as a way to ensure the appearance of the offender in court, as a coercive means of obtaining compliance with pecuniary obligations or to ensure that the convicted did not escape compliance with the imposed sanction.

With the consecration of freedom as one of the highest values of human life, prison gained relevance to the detriment of infamous and corporal punishment: freedom being the most precious asset of the offender, the most effective way to punish him would be attacking this asset.

Already in the last quarter of the 19th-century prison became the criminal penalty par excellence, due to the abolition of the death penalty and the penalty of public works in 1867. Initially, the prison was considered sufficient in itself to pursue the ends of punishment. However, little by little, society realized that the prison environment is criminogenic, requiring the use of other means and techniques to achieve the purpose of positive special prevention, a purpose that the Portuguese legislation has always refused to abandon.

The problem of the social reintegration of offenders started to be a concern of private entities, responsible for prison and post-prison treatment. Meanwhile, the State became aware that the pursuit of that purpose was its function and that seeing prisons as a depository of convicts was insufficient to protect legal goods and prevent recidivism, and began to pay more attention to how the sentence was carried out.

As a consequence of this awareness, the theme of prison labour is a constant throughout the legislative evolution on the social reintegration of offenders, although the importance given to it differs according to the period studied¹⁰.

¹⁰ In the 1852 Criminal Code, only those sentenced to public

FIGUEIREDO, J. (1983). "Antecedentes legislativos da reinserção social", in FIGUEIREDO, J. (coord.), *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*. Lisbon: Instituto de Reinserção Social, pp. 17-47

work or a long prison sentence with work were obliged to work. However, with the Prison Reform of Barjona de Freitas, in 1867, compulsory work was instituted for all those sentenced to major cellular prison, which, due to the validity of the Philadelphia system, was developed in total isolation within the cell.

Those sentenced to a correctional sentence were not obliged to work, except if they proved to be unable to pay their expenses, namely payment for their cell and/or food. On the other hand, those convicts who did not know how to work should be instructed to learn a trade that they could develop after their release

Despite the obligation, work was not seen as an aggravation of punishment, but as a benefit: by helping in the regeneration of those who were dragged into crime by living in idleness, prison labour would transform delinquents into useful members of society.

The product of the work was divided into four equal parts, distributed as follows: one part for the State, one part for the offender, one part for the family and another part for a reserve fund to be given upon release. The existence of this last parcel unequivocally reveals the pursuit of the purpose of reintegration: in addition to the inmate developing work during his imprisonment (which was believed to be regenerative in itself), he had a safety net that allowed him to stay away from criminality when free and thus prevent recidivism.

Sampaio e Melo's Penal Reform of 1884 established that all those sentenced to temporary long-term imprisonment were obliged to work, except those sentenced to less than three years. However, work was also compulsory for those who had no means of supporting themselves.

In the same year, the entry into force of the Regulamento Provisório da Cadeia Geral Penitenciária de Lisboa (Provisional Regulations of the General Prison of Lisbon) determined that the type of work to be performed by each inmate would be chosen by the prison administration taking into account his physical and

intellectual abilities. Although all convicts were obliged to perform work, the need to individualize the sentence emerged, to adapt its execution to each inmate and consequently make it more effective.

The Regulamento das Cadeias Civis do Continente e Ilhas Adjacentes (Regulation of Civil Prisons of the Mainland and Adjacent Islands), approved by the Decree of 21 September 1901, continued to provide for the compulsory nature of prison work for all prisoners, having expressly enshrined that this would have the purpose of serving future profits and not the profit of the State, falling on the director of the prison to control the respect for this legal provision. In this way any doubts that might subsist as to the orientation of social reintegration sought by the State are dispelled, making it clear that the work should serve to reintegrate the prisoner into society after his release.

This Regulation also contains a noteworthy provision on prison labour: it provided for the principle of approximation to free labour, by establishing in article 186 that the prisoner should have, as a rule, the same number of hours of work as a worker of the same trade in the state of freedom.

The course followed by the 1901 Regulation was maintained, in general terms, until the 1936 Prison Reform, authored by José Belez dos Santos. In n.º 42nd of the Preamble of Decree 26:643, which approves this reform, we can read that work has always been a school of virtue and, therefore, an instrument of regeneration, clearly showing the belief in the ability to achieve the purpose of positive special prevention through prison work.

Mainly, for this reason, the Prison Reform of 1936, as it became known, made work compulsory for all prisoners. Under the provisions of Article 284 of Decree 26:643, a prisoner's unjustified refusal to work could be disciplinarily sanctioned regardless of his or her sentence, and even for those on remand.

Work would bring benefits of two kinds: on the one hand, it would regenerate the offender and prevent re-offending; on the

other hand, it would make the prison environment a healthy one, counteracting the criminogenic effects of imprisonment.

However, the purpose of prison work was added to the one of freeing society from the burden of keeping individuals hostile to its development. This objective also led to the establishment of the obligation for all prisoners to work to support themselves¹¹, despite the recognition of the low-income characteristic of this work.

The Decree sought to individualise the execution of the sentence concerning prison work by providing in Article 264 that the choice of work for each prisoner should take into account not only his physical, intellectual and professional capacity but also the possibilities of his future placement.

It was not enough that the prisoner had a job - it was necessary that this work could be put to good use after release. This legal provision is undoubtedly linked to the prevention of recidivism since it was believed that by not becoming idle or lacking the necessary means to support themselves, the ex-prisoner would not be tempted again to commit a crime.

It is curious to note, however, that remuneration for prison labour was a mere possibility in the Prison Reform of 1936. And even when such a possibility did materialize, the wage retribution could only be availed of by the prisoner while serving his sentence after other legally defined destinations had been met. In this sense the Articles 278 and following Decree 26:643.

Under the Minister of Justice Cavaleiro de Ferreira, already in the second half of the 20th century, prison work acquired a new lease of life and the focus on the moral regeneration of the offender intensified. Cavaleiro de Ferreira defended the usefulness of prison work for all prisoners, regardless of the type of criminality for which they had been convicted. He argued that prison work should be

¹¹ The guiding principles of prison work were clear: avoid idleness, reduce the State's burden on prisoners, morally sanitise the prison environment, obtain means to compensate the victim and create a fund that the prisoner could use after release, can be read in n.º. 42nd of the Preamble to Decree 26:643.

useful and productive, otherwise it would have a demoralising and counterproductive effect.

As the purpose of prison work is to serve as a lever to reintegrate the offender into society, it should be remunerated and the division of remuneration should be imposed in attention to the duties incumbent upon every citizen¹² to support himself and his family, save and pay off the debts that burden his assets. Especially with this provision, prison work has visibly moved away from the way it was adopted in the Prison Reform of 1936.

Prison labour in the terms idealised by Cavaleiro de Ferreira required the creation of a competent entity for its planning and control. By Decree 38386, in 1951, the *Direcção Central do Trabalho Prisional e Correccional* (Central Directorate of Prison and Correctional Labour) was created, whose competencies extended to the superintendence of prison labour.

In 1979, with the Decree 265/79, there is a new Prison Reform, due to Eduardo Correia. The link between prison work and the social reintegration of the offender is maintained but how this link operates is seen in a radically different way from the one defended until then, much under the influence of the recently approved Constitution.

Paid work is expressly enshrined as a right of the prisoner in Article 4. The remuneration should be equitable and calculated based on the wages earned by free workers. Moreover, regardless of the obligations with alimony or compensation owed by the prisoner, he shall never fail to have a portion of the remuneration for current use and another that would constitute a reserve fund under the terms of Article 72 of Decree 265/79.

It is established that the rules of prison work should be as close as possible to the rules governing work at liberty, to prepare prisoners for normal working conditions under Articles 65 and 68 of Decree 265/79.

12 FERREIRA, M. (2000). 10 anos na pasta da justiça - Documentos e correspondência com Salazar. Lisbon: author's edition

Taking into account the objective of reintegrating the offender into society after release, provided for, in Article 1, Article 63(1) provides that work shall aim to create, maintain and develop in the prisoner the ability to perform an activity with which he can normally earn a living after release.

A more pragmatic stance is adopted about prison work, viewing it as a means of ensuring that the prisoner has an effective work occupation when he is free, rather than a means of moral regeneration. Nevertheless, it seems to continue to be based on the idea that idleness is responsible for criminality.

At the time of this reform, a great step was taken in the individualization of the penalty, since it was established that the choice of work should take into account, among other elements, the aspirations of the worker and the influence that work could exert on his or her social reintegration. This diploma was only revoked by Law 115/2009.

3. Prison labour nowadays in Portugal

Nowadays, the work developed in the penitentiary environment is regulated by the Code, being the Regulation and the internal circulars of the Direção Geral da Reinserção e Serviços Prisionais (General Direction of Reinsertion and Prison Services) instruments of concretization of the provisions of that diploma.

It is important to note the different regimes under which the prison sentence may be executed, as these will influence the occupation of labour, namely the prisoner's access to it and the modalities it may have. Thus, according to the provisions of Article 12, paragraph 1 of the Code, measures depriving liberty are executed in a common, open or security regime.

All prisoners who do not meet the conditions to be placed in one of the other regimes are placed in the common regime. According to article 12 (2), this regime allows prisoners to develop

a community life, although under continuous surveillance within the perimeter of the prison establishment.

The open regime is characterised by the total or partial absence of measures against escape, as the inmate is subject to discontinuous surveillance. The regime is divided into an internal open regime, in which the inmate may move freely within the perimeter of the prison establishment without being under constant monitoring by the prison guard, and an external open regime, in which the inmate's routine takes place mostly outside the prison walls, namely his work (Article 12 (3) of the Code).

Prisoners who present dangerousness incompatible with the assignment to other regimes of execution serve their sentence in a secure regime. In this context, contact with the outside world is restricted, as well as with other inmates.

Given the high limitation of life in common, working in a security regime is practically inexistent. Article 212 of the Regulation provides for the possibility of the prisoner to be allowed to develop a work activity, provided that it can be performed inside his accommodation or in an appropriate space for that purpose and on the condition that it does not disturb order and security.

Having said this, the following considerations on prison work will essentially refer to that developed in a common or open regime. Article 41, paragraph 1 of the Code provides that prison work is aimed at creating, maintaining and developing the prisoner's abilities and skills to carry out a work activity when in a free environment.

For this principle to be fully realized, prison work must be sufficiently similar to that which exists in freedom. Thus, prison work shall be governed by the principle of approximation to free work: following Recommendation 26.9, as well as with Rule 99/1, article 42 (2) of the Code provides that the organisation and working methods shall be similar to those in force at liberty, to prepare prisoners for the labour reality after their release. Prisoners shall be guaranteed the same conditions of hygiene, health and safety that

apply to similar work in freedom, and the right to rest and leisure shall also be safeguarded. Moreover, prison work should not imply the execution of dangerous or unhealthy tasks under the terms of Article 41, paragraph 3 of the Code.

Naturally, all labour occupations in prison must be offered and developed in full respect of the human dignity of the individual in prison. The Code chose to establish this principle expressly in article 41, paragraph 3, but this would not be indispensable, as the CRP ensures respect for the dignity of the human person without exceptions.

However, we consider this option to be adequate, as it leaves no room for abusive interpretations of the prison labour regime, which could lead to the exploitation of individuals who are invariably in a position of fragility and manifest inferiority.

Another fundamental principle, already present in Cavaleiro de Ferreira's legislation, is that the work performed by prisoners should be dissociated from lucrative purposes. However, the provisions of Article 41, paragraph 4 of the Code fall short of what was intended by Cavaleiro de Ferreira in the mid-twentieth century - while he advocated the unsustainability of the private exploitation of prison labour, believing that the purposes of the sentence that this instrument aims to achieve would be disregarded the current Code provides that the work is not subordinated exclusively to lucrative purposes or economic interests.

This wording means that profit and economic interests, of the prison establishment itself or third parties (public or private), may be pursued by prison labour, provided that the purposes of execution of the sentence are not abandoned.

Thus, the current text of article 41, paragraph 4 departs from Recommendation 26.8 and Rule 99/2, since they peremptorily state that the interests of the prisoner should not be subordinated to the profit motive. The Code is thus more permissive to the intervention of profit-seeking entities than the international diplomas advise.

For the work done in confinement, the offender is entitled to equitable remuneration and if he or she proves to be assiduous and committed in his or her work, such circumstance should produce positive effects on the execution of the sentence, serving to make it more flexible, as referred to in article 41, paragraphs 5 and 6 of the Code.

4. The prison labour modalities under de Portuguese's context

The type of prison work, as well as the place where it is carried out, intra or extramural, naturally varies according to the execution regime in which the prisoner is. Under the terms of Article 42 (1) of the Code, work may be developed in productive units of a business nature, organised by the prison or by public or private entities, or developed by the prisons on their premises.

Under the terms of Article 45 of the Code, prisoners may also be offered occupational activities of a craft, intellectual or artistic nature, the revenue from which, if any, shall be assigned to them. Although paragraph 2 of that article imposes the principle of approximation to free work to both types of prison labour, the labour occupation in productive units of business nature will better comply with this principle, since it should be based on a special legal employment relationship, which follows the general regime of labour relations in freedom, something that does not happen with the other types of prison labour.

However, article 43 (1) of the Code determines that this type of work is regulated by a specific diploma and this diploma has not yet been approved. Therefore, in practice, there is no special labour legal relationship between the prisoner and the employer: if the entity wishing to offer prison labour enters into a contract with the prison establishment and not with the prisoner, the better realization of that principle falls apart.

Article 43, paragraph 4 of the Code provides for the fixing of social contributions and access to unemployment benefits. However, in the absence of the mentioned law, these social protection mechanisms are non-existent in working prisoners.

The work provided in paragraph b) of n.º. 1 of Article 42 is essentially related to the daily life of the prison: cleaning, maintenance of spaces, laundry or gardening. Some prisons also offer farming, wine-making, furniture making or tapestry work, whose product is sold to the outside, the revenues of which revert in favour of the General Directorate of Reintegration and Prison Services, without prejudice to the payment of salaries to the prisoners' workers. In turn, work performed in productive units of business nature is largely related to industrial or workshop production.

5. The rights and duties of working inmates

The rights and duties listed below are those provided by the Regulation for the workshop organised by the prison institution, on its premises, without a business nature under the terms of Article 77 of the Regulation. However, for lack of a specific statute defining specific rights and duties and to avoid unprotection of prisoners who work in productive units of a business nature, we consider that such provisions are fully applicable to any kind of prison work.

Unlike what happens in the Labour Code, in which the rights of the worker appear as a logical counterpart of the duties of the employer, the rights of the prisoner worker are expressly outlined in article 81 of the Regulation. This makes sense since it is not clear who the employer is in prison, due to the multiplicity of entities that may participate in the labour relation, therefore, regardless of the type of work in which the inmate is inserted, his rights are always guaranteed.

The first right that the working prisoner is entitled to be the right to non-discrimination. The factors of discrimination expressly

forbidden in paragraph a) fall short of those provided for in Article 24(1) of the Portuguese Labour Code, although another fundamental one is enshrined - discrimination based on the crime committed is forbidden, thus implementing the principle of equal treatment provided for in Article 3(3) of the Code.

On the other hand, the text of paragraph a) does not reproduce the text of Recommendation 26.4, which prohibits discrimination on the grounds of sex. This option seems to be justified by the fact that prisons are organised by the sex of prisoners so that no such problem arises.

The rights to the physical and moral integrity of the worker and an adequate policy of prevention of occupational risks are also safeguarded, and the State is responsible for the compensation due for occupational accidents or diseases, provided that they arise from work performed in prison without a business nature.

In the ruling of the Supreme Administrative Court of 20-06-2013 (proc. n.º 022/11, rapporteur Arménio Sottomayor), the competence of administrative courts to decide claims for compensation for damages resulting from accidents at work when the plaintiffs are prisoners was declared, as it considers that the work developed by the injured party is not a result of an employment contract, and serves the purposes of the sentences, in the cause of action of this action there is, therefore, an underlying administrative-legal relationship and the defendant is a state service, based on non-contractual civil liability.

However, we are left without knowing who must compensate for damages related to the work activity framed in Article 42.1 a) of the Code.

The working prisoner is also entitled to safety, hygiene and health at work, which is in line with the provisions of Article 41, no. 3 of the Code, as well as vocational training appropriate to the activity, performed and participated in the planning and organisation of the work.

Following Recommendation 26.10, Article 41.5 of the Code provides that working prisoners shall receive equitable remuneration for the work rendered. Article 81 c) of the Regulation also determines that the working prisoner is entitled to remuneration corresponding to the productive activity carried out.

The remuneration of prison labour, besides acting as fair retribution for the work done, is necessary for the reintegration process, since it compels the prisoner to organise his expenses and to take responsibility for the fulfilment of his obligations.

It is precisely in this sense that Article 46 of the Code determines the distribution of remuneration. When the prisoner is subject to certain obligations, part of his salary shall be necessarily deducted for the payment of those obligations, thus fostering the sense of responsibility necessary for social reintegration.

However, even if there are no obligations, the prisoner does not have access to the totality of the earned remuneration, and a reserve fund is created, which must be handed over to him upon release.

However, currently, the percentage allocated to the funds in Article 46 (a) and (b) is not the one provided by law, because of Circular No. 3/GDC/2017 of the General Director of Reinsertion and Prison Services. One can see the legislator's concern in using prison labour to create a safety net for when offenders return to the free world, assuming that this is a time when many of them are helpless.

Under the principle of approximation to free labour, the wages of working prisoners should be equal to those of free workers. However, this condition is not met in reality: prisoners' wages are well below those of free workers.

A situation that becomes especially problematic when the work is performed for entities that also hire free workers, given that paragraph a) of n.º 1 of article 59 of the Constitution establishes the principle of equal pay for equal work.

The jurisprudence of the Constitutional Court is not ignored, namely the judgement n.º 584/98 proc. n.º 456/98, 3rd Section, reporter: Counsellor Messias Bento, in which it was written that that principle requires that the remuneration of work obeys principles of justice, meaning that it demands (in some cases, it will only consent) that remuneration be different, paying more to those who have better qualifications or more time of service.

However, we believe that this is not an argument that can be applied automatically: imprisonment should not per se dictate the payment of lower pay than that of free workers; whenever it is found that work performed by prisoners is comparable to that of free workers, the pay to be paid should be the same.

This conclusion is based not only on a principle of justice but also on the principle of approximation to free work, where all conditions should be created to simulate for the inmate the type of issues, problems, options and decisions he will face in the future, after his release¹³.

After all, if prison work aims to prepare the inmate to reintegrate into society after his release, it is convenient to present him with a working reality analogous to that in force in the free environment.

The duties of the working prisoner are generically the same as the duties of a worker at liberty, and most of the obligations listed in Article 82 of the Regulation are almost a transcription of those provided for in Article 128, paragraph 1 of the Portuguese Labour Code. The working prisoners are not subject to the duties of loyalty and non-competition because in a prison environment there is no room for the unfair competition hypothesis to materialize.

A noteworthy difference between the duties imposed on free workers and those imposed on prisoners is related to the duty of obedience. While article 128, n.º 1, paragraph e) of the Labour Code establishes that the worker must comply with the orders and

13 In this sense, see the report of the Portuguese ombudsman, PROVIDORIA DE JUSTIÇA (2003). *As Nossas Prisões – III*. Lisbon: Provedoria de Justiça.

instructions of the employer regarding the execution or discipline of work, article 82, paragraph d) of the Regulation does not specify to whom obedience is due, nor does it limit it to the labour scope.

This is not surprising: besides the employer (or employees with management power), prisoners are subject to the legitimate orders of the supervisory elements. Thus, the fact that they are in the workplace does not exempt them from complying with the duties to which they are normally subject under the execution of the prison sentence.

Concerning the duty imposed by paragraph c), the question must be asked whether the level of zeal and diligence required is established by reference to the average free worker or the average prisoner worker. If the characteristics that typically define the prison population are verified, namely the tendency to have a low level of education, failure or expectations of immediate character and the fragility and instability to which prisoners are subject, the level of demand may be lower¹⁴.

This circumstance should not be confused with benevolence, since even in the free environment situations can be found in which the diligence required in the work is established in terms higher or lower than those resulting from the general standard, but should be seen as a means of adaptation to the prison reality. If those characteristics are not present, there is no reason to demand levels of diligence and care lower than those required from other workers¹⁵.

6. Labour relationship dissolution

Article 85 of the Regulation provides for the causes of termination of employment. Paragraph 1 of this article sets out causes of termination that are like those in force for free jobs, except for dismissal for the elimination of employment and termination by

14 In this sense, cfr. RODRIGUES, A. (2002). *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, 2nd Ed., Coimbra. Coimbra Editora.

15 LEITÃO, L. (2016). *Direito do Trabalho*, 5th Ed, Coimbra: Almedina.

the employee.

Particularly interesting for our study is paragraph 1(c), as it provides a cause for termination of employment analogous to dismissal for just cause, provided for in Article 351 of the Labour Code. As it happens in life in freedom, the breach of duties imposed on the worker may lead to the termination of the work activity. It could not be otherwise, otherwise, the working prisoner would be infantilised and the success of the reintegration process would be hindered.

However, even if the breach of duty is culpable and determines the impossibility of maintaining employment, the Regulation does not provide for a procedure to terminate employment on these terms.

However, we do not believe that there is an absolute lack of a procedure for the termination of the prisoner's work activity. When a prison officer becomes aware of possible disciplinary infractions, he should draw up a report, which is followed by the initiation of disciplinary proceedings.

Following Article 103, paragraph p) of the Code, namely in the part that reads Failure to comply with the duties imposed by law or regulations, the non-fulfilment of labour duties by the working prisoner constitutes a disciplinary infraction, which shall be investigated in disciplinary proceedings.

At the end of this process, one of two conclusions will be reached: either there is no culpable violation of the duties incumbent upon the worker and therefore the worker has not committed any infraction or the prisoner worker has culpably violated his work duties and thus committed a disciplinary infraction. In the first case, the case will be filed and there will be no legitimate grounds to terminate the working activity; in the second case, besides the working prisoner being disciplinary sanctioned under Article 105 of the Code, he may see his working activity terminated.

We, therefore, argue that the disciplinary process, even if it is not a procedure leading to the dismissal of the prisoner worker per se, may be used to ascertain the circumstances in which the labour duties were violated and to justify the decision to terminate the labour activity. However, in the absence of an express provision, nothing prevents the termination of the working activity without any prior procedure.

Other causes of termination of employment, exclusive of the circumstance of imprisonment, are provided for in article 85(2) of the Regulation. It is established in paragraph a) that absence from work for a period equal to or exceeding 11 days, for reasons of compliance with a disciplinary penalty, may lead to termination of employment. This is an identical solution to the one adopted in a free environment: if the worker is sentenced to effective imprisonment, the employment contract will be terminated.

We believe, however, that no such parallelism can be established. On the one hand, abroad, the termination of the employment contract is a consequence of unjustified absences by the worker while serving an actual prison sentence and not because of the conviction per se¹⁶.

In the Code, the grounds for termination of employment is the fulfilment of a disciplinary sanction for a period of 11 or more days and not absence for the same period. Moreover, in the external environment, there is a separation between the entity that applies the sanction and the entity that dismisses the worker, while in the penitentiary environment they are mixed in the person of the director of the prison establishment. The latter, when choosing the applicable sanction - which he does with wide discretion - will end up deciding on the maintenance or extinction of the prisoner's work activity, being able to determine its removal with damaging effects for the remaining period of imprisonment, as is clear from the reading of article 80, (2) of the Regulation for causes that, even

¹⁶ In this sense, cfr. XAVIER, B. (2011). Manual de Direito do Trabalho. Lisbon: Verbo.

if they are imputable to him, are not connected to his work capacity or fulfilment of work duties.

However, we do not ignore the possibility conferred by paragraph e) of Article 85, no. 2 of the Regulation to terminate the work activity of the inmate for reasons beyond the breach of work duties. However, essential values to the functioning of the prison establishment (order, discipline and security) are at stake. They may prevail over the right to work of the inmate when he proves to be susceptible to disturbing them. While in paragraph (e) there is an evaluation of the inmate's conduct as a whole and its suitability for maintaining the work activity is assessed, in paragraph (a) only the fulfilment of the sanction is considered, regardless of the disciplinary infraction committed, which creates the risk of excluding inmates from their work posts for minor transgressions.

It is true that the entity providing work, especially if it seeks profit, has an interest that its employees perform effective work, which justifies the termination of the work activity in case of several consecutive absences. Moreover, the supply of prison labour is scarce, so the vacant job may be occupied by another inmate. For these reasons, we think that the most adequate would be to release the prisoner from his work activity for breach of the duty of attendance, when the requirements of paragraph c) of n.º 1 of Article 85 of the Regulation are met, eliminating the provision of paragraph a) of n.º 2 of the same article.

Conclusion

To obviate the idea that prison is a mere deposit for convicts and in an attempt to achieve the ends of sentences, especially resocialisation, legislation has adopted instruments to make sentencing more flexible, such as work. Initially, a penalty in itself and then a duty of the convicted, prison work is now undoubtedly a right of prisoners.

We believe that work is one of the elements that allow us to measure the social integration of any individual. Respect for the rules is facilitated, as the individual freely subjects himself to a panoply of duties, and the feeling of belonging to the community is stimulated, not only by the development of interpersonal relationships but also by the economic contribution to life in society. Work is collectively seen as a socially responsible way of living.

As soon as it ceased to be a criminal sanction, prison labour was intended to foster the social reintegration of offenders. Firstly, it was argued that idleness is the mother of all vices, so it was essential to occupy prisoners; work should morally regenerate the offender.

This instrument of penitentiary treatment then evolved in the sense of guaranteeing the inmate the learning of a profession that he could exercise on his release, as a result of the awareness that Law is only responsible for reducing recidivism (achieved if individuals had the financial means to support themselves) and not interfering in the morality of its citizens. Knowing how to work, the individual would not be tempted by criminality.

Currently, recognizing the inability of prisons to offer work analogous to that of the free market, prison work essentially seeks to provide offenders with social skills to deal with the reality of the labour market and with life in the community and thus ensure their social reintegration, so that they can live without committing crimes.

We conclude that prison work is not capable of fulfilling its proposed objectives. First of all, many prisoners do not present an absence of social skills, which means that work, working as supposed by article 41, no. 1 of the Code, would be an expendable mechanism for these offenders.

Although we consider crime to be a defect of socialisation, this circumstance is not equivalent per se to the total social disintegration of the individual, meaning that part of the prisoners does not need to learn social skills, precisely because they already

have them.

Notwithstanding these conclusions, we consider it indefensible to abolish any labour programmes in prisons. Prison work does not promote the social reintegration of prisoners, but it does prevent their (de)socialization, since it has a normalising effect on daily life, preventing adherence to micro-society and the success of the school of crime.

Bibliography

ALBUQUERQUE, P. (2006). *Direito Prisional Português e Europeu*. Coimbra: Coimbra Editora.

BOAVIDA, J. (2017). *Direito Disciplinar Penitenciário*. Coimbra: Almedina.

FERREIRA, M. (2000). *10 anos na pasta da justiça - Documentos e correspondência com Salazar*. Lisbon: author's edition

FIGUEIREDO, J. (1983). "Antecedentes legislativos da reinserção social", in FIGUEIREDO, J. (coord.), *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*. Lisbon: Instituto de Reinserção Social, pp. 17-47

LEITÃO, L. (2016). *Direito do Trabalho*, 5th Ed, Coimbra: Almedina.

MEDEIROS, R. (2017). "Annotation to Article 58". in MIRANDA, J. and MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.

PROVEDORIA DE JUSTIÇA. (2003). *As Nossas Prisões – III*. Lisbon: Provedoria de Justiça.

RODRIGUES, A. (2002). *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, 2nd Ed. Coimbra: Coimbra: Coimbra Editora.

XAVIER, B. (2011). *Manual de Direito do Trabalho*. Lisbon: Verbo.

Política Europeia de Concorrência: Análise da Aplicação de Medidas Anti-Trust à Google

European Competition Policy: Analysis of the Application of Anti-Trust to Google

Larissa Waked Furtado¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Direito da concorrência: conceito e origem histórica; 2.1. A aplicação do direito da concorrência da união europeia; 3. A política de concorrência da comunidade económica europeia; 4. Anti – Trust: Visão Global; 4.1. Procedimentos anti-trust em abuso de posição dominante; 5.O caso google – análise; 6. Posição dominante da google no mercado 6.consequências da decisão; Considerações Finais.

Resumo: O tema do presente artigo refere-se à política europeia da concorrência, apesar de ser um ramo jurídico relativamente novo, assume máxima relevância para a atividade económica em toda a Europa. Destaca-se a luta da Comissão Europeia para erradicar práticas anticoncorrenciais, pelo que será dada ênfase na aplicação de uma coima de 4,34 mil milhões de euros à Google, considerada a maior multa já imposta pelas autoridades anti-trust da União Europeia. Neste artigo serão analisados o conceito e a origem histórica do Direito da Concorrência, como os tratados institutivos da UE regulam a aplicação deste direito, e os atos derivados, realçando os procedimentos anti-trust em abuso de posição dominante. Por fim, análise de estudo de caso sobre a Google. Conclui-se que a Google violou de forma clara e notória o

¹ Advogada formada pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Sub-procuradora tributária na Procuradoria Geral do Município de Seropédica do Estado do Rio de Janeiro-RJ. Pós-graduada em Direito de Empresas, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC – RIO). Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense D. Henrique (UPT). <http://lattes.cnpq.br/8517169731492490/larissa.waked@gmail.com>

Direito da União Europeia ao abusar da posição de mercado que ocupa, cobrando preços injustos, limitando a inovação em prejuízo dos consumidores.

Palavras-chave: Anti-trust; Google; Política de Concorrência; Posição Dominante; Prática Desleal; União Europeia.

Abstract: The theme of this article refers to European competition policy, despite being a relatively new legal branch, it assumes the utmost relevance for economic activity across Europe. The European Commission's fight to eradicate anti-competitive practices stands out, so that a fine of 4.34 billion euros will be imposed on Google, considered, the largest fine ever imposed by the European Union's antitrust authorities. This article will analyze the concept and historical origin of competition law, how UE institutional treaties regulate the application of this law and derivative acts, highlighting antitrust procedures in abuse of a dominant position. Finally, review the case study on Google. It follows that Google clearly and notoriously violated European Union law, abusing its position in the market, charging unfair prices, limiting innovation to the detriment of consumers.

Keywords: Anti-trust; Google; Competition Policy; Dominant Position; Unfair Practice; European Union.

1. Introdução

Preliminarmente, importa ressaltar que o presente artigo trata da análise de um caso emblemático no panorama do Anti-trust na União Europeia (UE), no qual, uma coima de 4,34 mil milhões de euros foi aplicada, pela Comissão Europeia, ao gigante “Google” em razão de práticas concorrenciais ilícitas relacionadas com dispositivos móveis “Android”, cujo objectivo era reforçar a

posição dominante do motor de pesquisa da empresa Google². Compreende na maior multa já imposta pelas autoridades antitrust da UE.

Frisa-se, no acórdão condenatório, que a Google, em especial, exigiu aos fabricantes que pré-instalassem a aplicação de pesquisa Google Search e a aplicação de navegação Chrome como condição obrigatória para a concessão de licenças da sua loja de aplicações Play Store, bem como, realizou pagamentos a fabricantes de grande dimensão e a operadores de redes móveis, para que pré-instassem, em exclusividade, a aplicação Google Search nos seus dispositivos.

Ato contínuo, a Google também impediu os fabricantes que pretendiam pré-instalar aplicações da Google de comercializar qualquer dispositivo móvel inteligente, que funcionasse com versões alternativas do Android não aprovadas pela Google.

Deste modo, essas práticas terão negado, aos concorrentes, a possibilidade de inovar e de competir com base nos seus méritos. Acresce que, tal prática, afecta, de forma incisiva, os consumidores europeus que não beneficiavam de uma prática concorrencial honesta e efetiva no importante setor dos aparelhos móveis. Portanto, são denominadas práticas ilícitas segundo as regras anti-trust da UE³. Outrossim, a defesa do Direito de Concorrência é inata ao desenvolvimento de uma economia de mercado⁴, sendo o expoente máximo da sua regulação, por via da natureza, cujo objetivo será o de satisfazer o máximo de necessidades com o mínimo de recursos, o que significa que o sistema deverá ser capaz de realizar uma afetação eficiente de recursos⁵ que pelo essencial

2 Comissão Europeia – Comunicado de imprensa. Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm.

3 CCDR Algarve (Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Algarve) – Europe Direct . Disponível em: <https://www.ccdr-alg.pt/site/info/ed/anti-trust-comissao-aplica-coima-de-434-mil-milhoes-de-euros-google>

4 Comissão Europeia (Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu). Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2018/part1_pt.pdf.

5 CARAMELO GOMES, José (2010) Licoes de Direito da Concorrência, Coimbra: Almedina, 2010. pp.109-122.

significará que o estado da economia em cada momento deverá situar-se na curva da fronteira das possibilidades de produção⁶.

O constante desenvolvimento econômico, como no caso específico da Google, não obtém correspondência nos meios jurisdicionais da concorrência. Nesse passo, a aplicação simultânea do Direito da Concorrência, e da legislação anti-trust da UE, compreende em uma inevitável realidade para o qual o ordenamento jurídico terá de adaptar-se e eliminar quaisquer problemas ou incompatibilidades que possam existir, promovendo assim um processo de adequação e adaptação da legislação nacional às práticas europeias.

Portanto, no decorrer do presente artigo, será possível extrair, de forma essencial, que se faz necessário dotar o ordenamento jurídico nacional de competências harmonizadas com as práticas europeias para a eficaz aplicação do Direito da Concorrência, sem abdicar da independência na defesa da concorrência nacional, evitando a existência de conflitos de jurisdição⁷.

2. Direito da concorrência: conceito e origem histórica

O Direito da Concorrência compreende um ramo do Direito com origem nas primeiras leis Anti-Trust Norte-Americanas, nomeadamente no Sherman Act. Nascido no final do século XIX, da procura de responder à necessidade criada pela revolução industrial e com o rápido crescimento das indústrias americanas, procurou regular a criação de um monopólio do mercado por determinadas empresas. De forma essencial, a concorrência tornou-se em uma

6 SAMUELSON, e NORDHAUS, W. (1999) Economia. 16^a edição. Amadora: McGraw-Hill. ISBN 9728298836.; ARAÚJO, F.(2004) Introdução à Economia. 2^a edição. Coimbra: Almedina. ISBN 9724020681. p. 414.

7 “O modelo de concorrência perfeita é entendido como a força que garante o funcionamento da economia de mercado. A concorrência perfeita pressupõe a existência de uma pluralidade de agentes, tanto no lado da oferta como da procura. No entanto, o modelo clássico é caracterizado pela homogeneidade, fluidez e transparência.”. SANTOS, António Carlos Dos.(2014) Direito Económico, 7^{ed} ed. Editora Almedina, pp. 263 - 264.

forma de dirigir o mercado⁸, de tal modo que implementou relações entre os vários agentes económicos determinantes para o sistema de economia de mercado⁹. Assim, o Direito de Concorrência passa a ser, o principal paladino da defesa da economia de mercado.

O Sherman Act teve como princípio base a política de concorrência perfeita, onde o poder económico se encontra disperso por vários sujeitos económicos, assegurando a liberdade de oportunidades a qualquer sujeito que pretenda intervir no mercado, assegurando o seu controle através da “mão invisível”¹⁰. Porém, a concorrência é, segundo STIGLER, uma “open – ended theory”¹¹. É possível compreender a evolução do pensamento relativamente ao Direito da Concorrência, sobretudo a nível económico. A inicial idealização da concorrência perfeita foi dando lugar às teorias de concorrência imperfeita, e às de concorrência monopolística.

O Direito da Concorrência necessita de ser defendido, pelo que a sua proteção será promovida pela repressão da concorrência

8 “A Teoria económica clássica define o mercado como sendo “um espaço abstracto onde se encontram a procura e a oferta agregada dos agentes económicos, cujos objectivos contraditórios se harmonizam, em cada momento, através dos preços de transação entre eles.” SANTOS, António Carlos Dos.(2014) Direito Económico, 7^a ed. Editora Almedina, p. 263.

9 “A economia de mercado apresenta melhores resultados na proteção dos interesses dos agentes económicos e da sociedade em geral.” SILVA, Miguel Moura (2018) “Direito da Concorrência- uma introdução jurisprudencial”, 2^a ed. Editora Almedina, p. 9.

10 “A “mão invisível” é um conceito de Adam Smith e da sua teoria de concorrência perfeita, que surge relacionado com a descentralização do poder económico, onde irá procurar controlar a existência de monopólios e/ou cartéis sempre de acordo com a visão protecionista da liberdade e dos direitos individuais dos sujeitos intervenientes na economia, levando a que as forças da concorrência procurassem harmonizar os interesses individuais aos interesses coletivos da sociedade.” PAIS, Sofia Oliveira. (2011) Entre Inovação e Concorrência – em defesa de um modelo europeu, 4^a ed. Universidade Católica, p.. 163 e 83.

11 “Stigler considera que apenas é possível determinar os pressupostos mínimos da concorrência quando a teoria completa do modelo de concorrência for conhecida, o que não é manifestamente o caso. Isto leva a que a teoria de concorrência perfeita introduzida por Adam Smith tenha sido alvo do constante trabalho de vários matemáticos e economistas.” MORAIS, Luís Domingos Silva. (2006) Empresas comuns Joint Ventures – no Direito da Concorrência da União Europeia, 9^a ed. Editora Almedina,. p. 125 a 151.

ilícita¹² e da concorrência desleal¹³. Nesse sentido surgem vários sistemas de defesa do Direito de Concorrência, que compreende no conjunto de leis que tem em vista a proteção do mercado contra restrições à concorrência imputáveis tanto a comportamentos isolados de sujeitos económicos, como a comportamentos coligados de grupos de empresas. Deverá ainda proteger contra o abuso de posições dominantes por parte de uma ou mais empresas influentes no mercado, levando a um controle de operações.

Numa economia globalizante, cada vez mais competitiva e interdependente, as empresas devem combater a agressividade do meio em que estão inseridas, procurando, entre elas, respostas adequadas que implicam, necessariamente, o estabelecimento de laços de cooperação com outras empresas, tendo sempre em consideração as normas reguladoras dessas relações inter-empresariais.

Estas relações vão procurar explorar oportunidades, gerar sinergias ou evitar a existência de riscos excessivos.

Para MIGUEL SOUZA FERRO, o Direito de Concorrência é o *“conjunto de normas que regula a atividade das empresas nos mercados, proibindo e sancionando práticas coletivas e unilaterais prejudiciais para o bem estar social, bem como a própria alteração da estrutura concorrencial que, previsivelmente, conduza ao mesmo resultado, e ainda determinados tipos de intervenções do Estado distorcivas da concorrência.”*

A livre concorrência é um meio de estimular os agentes económicos a aperfeiçoarem-se e a desenvolverem os seus

12 “A concorrência ilícita refere-se às regras de direito penal ou contraordenacional, para impedir ou reprimir formas de concorrência particularmente intoleráveis.” SANTOS, António Carlos Dos. (2014) Direito Económico, 7^a ed. Editora Almedina., p. 305.

13 “Por concorrência desleal entende-se a prevenção de casos em que o comportamento dos sujeitos económicos ofenda as regras usuais de moralidade e lealdade da concorrência.” ROQUE, Miguel Prata. O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz imperfeita – a pretexto de alguma jurisprudência internacional. Revista de Concorrência e Regulação. Ano IV- Número 14/15 (Abril/ Setembro). “Este é um dos pontos em que a jurisprudência nacional mais se tem debruçado, de forma a definir e a combater situações de concorrência desleal entre os vários sujeitos económicos.”

métodos de produção, para inovarem e desenvolverem os produtos e serviços por si eventualmente comercializados.

Apesar da estimulação da economia junto dos intervenientes económicos, a livre concorrência procura permitir uma maior proteção aos consumidores, os principais beneficiados por uma eficaz defesa da concorrência.

2.2. A Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia

A aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia trata-se de uma partilha mitigada de competências a nível nacional, assim será aplicado pela Comissão pelos Estados-Membros.

A escolha de uma economia social de mercado, é evidente a partir das disposições dos Tratados sendo que a Concorrência trata-se de uma política em primeiro lugar integradora conducente à realização do mercado interno, pela integração das economias, sendo que assim, se entende o requisito de afetação do comércio entre os Estados-membros estabelecido nos artigos 101º e 102º Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁴, relativamente às empresas. Não surpreende, pois, que a política de concorrência seja muitas vezes considerada, como se retem, do ensino de Manuel PORTO¹⁵, como uma política comunitária de integração¹⁶.

A Política de Concorrência, pese embora seja instrumental do funcionamento do mercado interno e, conseqüentemente,

14 Sobre as versões anteriores, CAMELO GOMES, J.L. (2010) Tratado de Lisboa; Tratado da União Europeia; Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Anotados com todas as versões anteriores. Lisboa: Editora Lusíada,...

15 PORTO, M.C.L.(2001) Teoria da Integração e Políticas Comunitárias. 3ª edição. Coimbra: Almedina, p.272.

16 Ver CRUZ VILAÇA, J.L. (2007) Política de Concorrência: o caminho da modernização In FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA: 50 anos Tratado de Roma. Lisboa: Ancora, Também CRUZ VILAÇA, J.L. (2002) A modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia: uma reforma fundamental. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra. , vol. Volume comemorativo

configurada como uma política de integração, não pode dissociar-se dos grandes objetivos para os quais o próprio mercado interno é estabelecido e a União instituída. E este objetivo, no que neste particular releva, é claro: “A União tem por objetivo promover (...) o bem-estar dos seus povos.” Ora, como demonstramos supra no primeiro capítulo, o Direito da Concorrência, enquanto instrumento de bem-estar exige, mais que a integração, a eficiência. Este deve ser, quanto a nós, o móbil da acção das autoridades da concorrência na União.

O poder legislativo da Comissão Europeia em matéria de Direito da Concorrência no que respeita à criação das chamadas isenções por categoria referidas no n.º 3 do artigo 101.º TFUE , ocorre nos termos do artigo 105.º n.º 3 TFUE . É o chamado poder regulamentar na medida em que o que está em causa é a produção de regulamentos da Comissão executando regulamentos de base do Conselho. Os Regulamentos de base são o Regulamento 19 do Conselho de 2 de Março de 1965 , o Regulamento (CEE) n.º 2821/71 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1971 , o Regulamento (CEE) n.º 3976/87 do Conselho, de 14 de Dezembro de 1987 , o Regulamento (CEE) n.º 1534/91 do Conselho, de 31 de Maio de 1991 e o Regulamento (CE) n.º 246/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009 . O Regulamento (CEE) n.º 3976/87 do Conselho, de 14 de Dezembro de 1987 foi entretanto substituído pelo Regulamento (CE) n.º 487/2009 do Conselho, de 25 de Maio de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos e de práticas concertadas no sector dos transportes aéreos.

O artigo 101.º do TFUE foi criado com o intuito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, mas a jurisprudência veio em sentido preventivo determinar que também será necessário apurar. E o acordo, por sua vez, tem por mero efeito de restringir a concorrência.

Esta necessidade levou a que a Comissão viesse emitir uma

série de orientações sobre de que forma deve ser aplicado o Direito de Concorrência da União Europeia em situações de restrição de concorrência¹⁷.

O artigo 101º, n.º1 do TFUE elenca como princípio basilar a proibição global dos acordos entre empresas, das decisões de associações de empresas e as práticas concertadas sempre que estejam perante situações suscetíveis de implicar modificações ao regular funcionamento da concorrência.

Apesar de se permitir às Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC) a aplicação destas normas, não lhes será concedida a possibilidade de obter da Comissão, colaboração para resolução das infrações do Direito da Concorrência no ordenamento jurídico nacional. Portanto, a ligação existente é de um sentido único, no qual a Comissão pode fazer exigências às ANC, mas que a relação contrária nunca se poderia verificar.

Por fim, o TFUE enumera, a título meramente exemplificativo, vários tipos de contratos ou práticas concertadas que trata como coligações restritivas da concorrência. A sanção para as situações nas quais se verificam as práticas restritivas será óbvia, implicando assim a sua nulidade (art. 101º n.º 2 do TFUE), sem prejuízo de serem aplicadas sanções adicionais, como no caso prático da Google, que trata este artigo, e que será analisado adiante.

3. A política de concorrência da comunidade económica europeia

A política de concorrência remonta aos textos iniciais, designadamente ao Tratado de Roma instituidor da Comunidade Económica Europeia. O empenho posto na legislação da concorrência com a formação das Comunidades Europeias, está

¹⁷ A título exemplificativo ver a Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1º do artigo 81º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de minimis) (2001/C 368/07), de 2/12/2001 e a Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81º do Tratado (2004/C 101/08), de 27/04/2004.

ligado à abertura dos mercados, com o afastamento das barreiras alfandegárias.

Para Dora ALVES, o direito da concorrência na União Europeia, derivado dos artigos 101º e 102º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, exige o entendimento de alguns conceitos que têm um âmago comunitário e resultam diferentes dos mesmos conceitos se procurados no direito interno de cada Estado-Membro, precisamente porque sua expressão comunitária deve ser capaz de integrar as especificidades eventuais dos direitos nacionais, sem perder de vista o objetivo com que foi criada a norma comunitária.

A base constitucional do Direito Comunitário da Concorrência encontra-se no Capítulo I – As regras de concorrência, do Título VI – As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações, da Parte III – As políticas da Comunidade, do Tratado que institui a Comunidade Europeia, na versão compilada de 2002, publicada no Jornal Oficial nº C 325 de 24 de Dezembro de 2002. Atualmente a Política de Concorrência está regulada no Título VII - As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações, Capítulo 1 - As regras de concorrência, na Parte III - As políticas e ações internas da União do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia

Esta política, regulada nos artigos 101º e seguintes do TFUE, visa evitar que se contorne a exigência de supressão de barreiras e de entraves entre Estados-Membros, mas visa, igualmente, tornar mais eficiente a atuação de mercado, pela garantia da presença de um número suficiente de empresas independentes, de modo a promover uma melhor afetação de recursos, a fixação das melhores condições de comercialização dos bens e a maximização do bem estar dos consumidores. Por isso cedo, se converteu em uma política transversal relativamente às demais políticas de carácter económico.

Com o Tratado de Lisboa, a política da concorrência é considerada uma peça essencial do modelo de “economia social

de mercado altamente competitiva”¹⁸, e expressamente qualificada, quanto ao estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno, como uma competência exclusiva da União¹⁹.

Dogmaticamente, as intervenções que foram sendo consideradas proibidas por poderem importar restrições à concorrência podem ser divididas em dois grandes grupos: intervenções de empresas e intervenções públicas.

De entre as intervenções de empresas, há que distinguir entre comportamentos colusivos (acordos, associações e práticas concertadas entre empresas) e comportamentos abusivos de empresas em posição dominante, o que acrescem os casos em que se verificam alterações estruturais do mercado (operações de concentração de empresas).

De notar, a este propósito, a aplicação das regras da concorrência às empresas públicas, designadamente as que prestam serviços de interesse económico geral ou que sejam monopólios fiscais, *“na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada”*²⁰.

As intervenções públicas potencialmente da concorrência cifram-se, por seu turno, nos auxílios públicos concedidos às empresas, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros e falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

No entato, também são formas de auxílio “protecionista” as

18 Art. 3º , n.º 3 do TUE. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf (Versão Consolidada).

19 Art. 106º , n.º 2, do TFUE. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF (Versão Consolidada).

20 Art. 3º, n.º 1, al. b do T F U E . Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF (Versão Consolidada).

compras públicas favorecedoras de produtores nacionais, situação esta que, embora não prevista nos Tratados, tem, em face do seu relevo, motivado um conjunto de regulamentação de direito derivado sobre contratos públicos.

Por fim, em termos da evolução do direito da concorrência na União Europeia, destacam-se três marcos essenciais: o primeiro refere-se à necessidade de coordenação entre a atividade da Comissão Europeia e a atividade das Autoridades da Concorrência Nacional. O segundo marco analisa-se em uma alteração ou ajustamento do papel da Comissão Europeia.

E o terceiro e mais recente marco da evolução do direito da concorrência da União Europeia prende-se com a análise dos efeitos da prática ou do acordo na estrutura concorrencial do mercado.

Portanto, o Tribunal de Justiça tem vindo a determinar que os acordos, salvo se forem manifestamente ilegais, por objetivamente conduzirem a uma restrição da concorrência, não devem ser isolados do seu contexto económico e jurídico e dos seus efeitos, permitindo, assim, uma análise pontualizada de cada acordo e das respectivas cláusulas.

E este panorama tem vindo a ser colocado em crise, tendo em consideração a dimensão internacional da política da concorrência e a importância da análise económica dos efeitos dos acordos anti-concorrenciais, como no caso da empresa Google, que trata este artigo.

4. ANTI – TRUST: VISÃO GLOBAL

De acordo com a Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTD), do ano de 2003, os objetivos da leis de defesa da concorrência e das políticas anti-trust são controlar ou eliminar os convênios ou acordos restritivos entre empresas, as fusões e aquisições ou o abuso de posição dominante do mercado, que limitem o acesso aos mercados ou restrinjam de algum modo

a concorrência e tenham efeitos prejudiciais no comércio nacional e internacional ou no desenvolvimento económico.

As políticas anti-trust incluem as regras que proíbem os acordos que restringem a concorrência²¹ e os abusos de empresas que detêm uma posição dominante no mercado²², como no presente caso da Google, bem como os mecanismos administrativos dispostos para a sua concretização.

A concorrência por sua vez, incentiva as empresas a oferecer bens e serviços aos consumidores, nos termos mais favoráveis. Incentiva a eficiência e a inibição e reduz os preços. Para ser eficaz, a concorrência exige que as empresas ajam independentemente umas das outras, mas sujeitas à pressão competitiva exercida pelas demais.

A política anti-trust europeia é desenvolvida a partir de duas regras centrais estabelecidas no TFUE: em primeiro lugar, o art. 101º do Tratado proíbe acordos entre dois ou mais operadores de mercado independentes que restringem a concorrência. Esta disposição abrange acordos horizontais e verticais. O exemplo mais flagrante de conduta ilegal que viola o art. 101º é a criação de um cartel entre concorrentes, que pode envolver fixação de preços e/ou participação no mercado.

Em segundo lugar, o art. 102º do Tratado, proíbe as empresas que detêm uma posição dominante em um determinado mercado, como no caso da Google, abusar desta posição, por exemplo, cobrando preços injustos limitando a produção ou recusando inovar em prejuízo dos consumidores.

A Comissão está habilitada pelo Tratado a aplicar essas regras e possui vários poderes de investigação para esse fim (por exemplo, inspeção em estabelecimentos comerciais e não

21 Art. 101º, do TFUE. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF (Versão Consolidada).

22 Art. 102º, do TFUE. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF (Versão Consolidada).

comerciais, solicitações por escrito de informações etc.). A Comissão também pode aplicar coimas a empresas que violem as regras anti-trust da UE. As principais regras sobre procedimentos são estabelecidas no Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho. De acordo com CASTILHOS e ALVES, este regulamento trouxe uma mudança marcante na maneira como o direito europeu da concorrência é aplicado, pois a Comissão conseguiu tornar-se mais proativa, combatendo de forma concentrada as deficiências na competitividade dos principais setores da economia. A Comissão Europeia é a grande impulsionadora do interesse da União e promove efetivamente o cumprimento do direito da União. No quadro do direito da concorrência aplicável às empresas, os procedimentos mantiveram-se bastante estáveis desde 1962 e, após 2003, a sua renovação acompanhou o alargamento do mercado interno. O Tribunal sempre apoiou sua ação e desenvolveu a garantia inerente aos direitos fundamentais.

As Autoridades Nacionais da Concorrência têm o poder de aplicar plenamente os artigos 101º e 102º do Tratado, a fim de garantir que a concorrência não seja distorcida ou restrita. Os tribunais nacionais também podem aplicar essas disposições para proteger os direitos individuais conferidos aos cidadãos pelo Tratado. Com base nessas conquistas, a comunicação sobre dez anos de execução Anti-trust identificou outras áreas para criar uma área comum de aplicação da concorrência na UE²³.

Logo, no âmbito da aplicação geral do direito da concorrência da UE, a Comissão também desenvolveu e implementou uma política de aplicação do direito da concorrência da UE a ações de indenização perante os tribunais nacionais. Desse modo, também coopera com os tribunais nacionais para garantir que as regras de concorrência da UE sejam aplicadas de forma coerente em toda a UE.

23 Antitruste, Comissão Europeia. Disponível em : https://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html.

4.1. Procedimentos anti-trust em abuso de posição dominante (casos do art. 102º do TFUE)

O art. 102º do TFUE proíbe a conduta abusiva de empresas que tenham uma posição dominante em um mercado específico²⁴.

Posição dominante é um conceito de extensão variável, mas que se refere ao poder que uma empresa tem de impôr, independentemente dos seus concorrentes, dos seus fornecedores e dos seus clientes, e da sua estratégia comercial²⁵.

Nos termos do art. 102º do TFUE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, não é a posição dominante que é censurada, já que pode mesmo revelar-se benéfica ou necessária para o desenvolvimento económico e tecnológico, mas o abuso da mesma. Ainda assim, as empresas em posição dominante têm uma responsabilidade particular na manutenção das condições de mercado e no relacionamento com outros agentes económicos²⁶.

Um caso do art. 102º tratado pela Comissão Europeia ou por uma autoridade nacional da concorrência pode se originar após o recebimento de uma denúncia ou através da abertura de uma investigação de iniciativa própria. Ato contínuo, o primeiro passo da Comissão na investigação do art. 102º é avaliar se a empresa em causa é dominante ou não. Definir o mercado relevante é essencial para avaliar a dominância, porque uma posição dominante só pode existir em um mercado específico. Antes de avaliar o domínio, a Comissão define o mercado do produto e o mercado geográfico²⁷.

O mercado do produto relevante é constituído por todos os produtos e/ou serviços que o consumidor considera substitutos entre si devido às suas características, preços e uso pretendido.

24 Art. 102º do TFUE. Disponível em : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF (Versão Consolidada).

25 Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html.

26 Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.htm

27 Disponível em: <http://euroogle.com/dicionario.asp?definicion=741>

Já o mercado geográfico relevante compreende em uma área na qual as condições de competição para um determinado produto são homogêneas.

As quotas de mercado são uma primeira indicação útil da importância de cada empresa no mercado em comparação com as demais. A Comissão considera que quanto maior a quota de mercado e quanto maior o período em que for detida, maior a probabilidade de ser uma indicação preliminar de posição dominante. Se uma empresa tiver uma participação de mercado inferior a 40%, é improvável que ela seja dominante.

Por fim, a Comissão também leva em consideração outros fatores em sua avaliação de posição dominante, incluindo a facilidade com que outras empresas podem entrar no mercado – se existem barreiras para isso; a existência de poder de compra compensatório, o tamanho e a força geral da empresa e seus recursos e até que ponto ela está presente em vários níveis da cadeia de suprimentos.

Portanto, no abuso de posição dominante não se preveem cláusulas de dispensa ou isenção da aplicação das regras comunitárias, tratando-se de uma interdição incondicional, dotada de efeito direto²⁸.

5. O CASO GOOGLE – ANÁLISE

A empresa Google obtém a esmagadora maioria das suas receitas através do seu produto emblemático, o motor de pesquisa Google. A empresa compreendeu muito cedo que a mudança dos computadores de secretária para a Internet móvel, que começou em meados dos anos 2000, seria uma mudança fundamental para o Google Search.

Assim, a Google, desenvolveu uma estratégia para antecipar os

28 Abuso de Posição Dominante. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx.

efeitos desta mudança e garantir que os utilizadores continuassem a usar o Google Search também nos respectivos dispositivos móveis.

Em 2005, a Google comprou a empresa que tinha desenvolvido originalmente o sistema operativo móvel Android e continuou a desenvolvê-lo desde então.

Atualmente, cerca de 80% dos dispositivos móveis inteligentes na Europa, e em todo o mundo, funcionam com o sistema Android.

Desse modo, os fabricantes de dispositivos que pretendam obter as aplicações e os serviços Android exclusivos da Google, necessitam de celebrar contratos com a Google mediante os quais a Google impõe um certo número de restrições.

Outrossim, a Google também celebrou contratos e aplicou algumas destas restrições a certos operadores de redes móveis de grande dimensão, os quais podem igualmente determinar as aplicações e os serviços que são instalados nos dispositivos vendidos aos utilizadores finais.

Ainda, de forma resumida, a Google exigiu aos fabricantes que pré- instalassem a aplicação de pesquisa Google Search e a aplicação de navegação Chrome como condição para a concessão de licenças da sua loja de aplicações Play Store, bem como fez pagamentos a alguns fabricantes de grande dimensão e a operadores de redes móveis, na condição de pré- instalarem em exclusividade a aplicação Google Search no seus dispositivos, e ainda impediu os fabricantes que pretendiam pré-instalar aplicações da Google de vender um só dispositivo móvel que funcionasse com versões alternativas do Android não aprovadas pela Google²⁹.

Logo, essas restrições permitiram à Google usar o sistema Android para cimentar a posição dominante do seu motor de pesquisa. São consideradas práticas ilícitas segundo as regras anti-trust da UE.

Assim, a Google envolveu-se em três tipos de práticas

29 Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm.

ilícitas distintas: associação vinculativa ilegal entre as aplicações de pesquisa e de navegação da Google, pagamentos ilegais subordinados à pré-instalação exclusiva do Google Search e a obstrução ilegal do desenvolvimento e da distribuição de sistemas operativos Android concorrentes.

Por conseguinte, a conduta da Google tem tido um impacto direto nos utilizadores, negando-lhes o acesso a uma maior inovação e a dispositivos móveis inteligentes baseados em versões alternativas do sistema operativo Android.

Por outras palavras, em resultado desta prática, era a Google, e não os utilizadores, os criadores de aplicações e o mercado, que efetivamente determinava quais os sistemas operativos que poderiam prosperar.

Na esteira dessas restrições, a Comissão avaliou igualmente em pormenor os argumentos da Google de que estas eram necessárias para impedir uma fragmentação do sistema Android, tendo concluído que por não se apresentarem convincentes, concluiu que não eram procedentes.

6. POSIÇÃO DOMINANTE DA GOOGLE NO MERCADO

É importante ressaltar que a decisão da Comissão Europeia considera que a Google possui uma posição dominante nos mercados dos serviços de pesquisa genérica na Internet, sistemas operativos licenciáveis para dispositivos móveis inteligentes e lojas de aplicações para o sistema operativo móvel Android.

Aliás, a Google, tem uma posição dominante nos mercados nacionais das pesquisas genéricas na Internet, em todo o Espaço Económico Europeu, ou seja, nos 30 Estados-Membros do EEE.

A Google detém mais de 90% de quota de mercado na maioria dos Estados-Membros do EEE. Existem elevadas barreiras à entrada nestes mercados.

Através do seu controle do sistema Android, a Google desfruta

de uma posição dominante no mercado mundial (com exclusão da China) de sistemas operativos licenciáveis para dispositivos móveis inteligentes, maior será o número de criadores de aplicações para esse sistema, o que, por sua vez, atrai um maior número de utilizadores.

A investigação levada a cabo pela Comissão concluiu que a Google domina o mercado mundial (com exclusão da China) no que se refere às lojas online de aplicações para o sistema operativo móvel Android.

A loja de aplicações da Google, a Play Store, representa mais de 90% das aplicações descarregadas pelos dispositivos Android. Este mercado caracteriza-se igualmente por barreiras elevadas à entrada. Por razões semelhantes às já enumeradas anteriormente, o domínio da loja de aplicações da Google não está limitado pela loja de aplicações da Apple, que só está disponível nos dispositivos IOS³⁰.

Portanto, a posição dominante no mercado não é, em si, ilegal nos termos das regras anti-trust da UE. No entanto, as empresas em posição dominante têm uma especial responsabilidade de não abusarem da sua forte posição de mercado, de modo a não restringir a concorrência tanto no mercado onde são dominantes como noutros mercados³¹.

7. CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO

A decisão da Comissão concluiu que os três tipos de práticas abusivas, praticadas pela Google fazem parte de uma estratégia global da empresa para cimentar a sua posição dominante nas pesquisas genéricas na Internet, em uma proporção que a importância da internet móvel só aumenta significativamente.

Em primeiro lugar, as práticas da Google negaram aos motores de pesquisa rivais a possibilidade de competir com base

30 REZENDE, Vitória. (2018) Google: Abuso de posição Dominante?
Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm.

nos seus méritos. As práticas de associação vinculativa garantiram a pré-instalação do motor de pesquisa e do navegador da Google em praticamente todos os dispositivos Google Android e os pagamentos de exclusividade reduziram fortemente o incentivo à pré-instalação de motores de pesquisa concorrentes.

A Google também obstruiu o desenvolvimento de ramificações Android, que poderiam ter proporcionado uma plataforma para os motores de pesquisa rivais obterem tráfego.

A estratégia da Google impediu também que os motores de pesquisa rivais recolhessem mais dados a partir de dispositivos móveis inteligentes, incluindo dados relativos à pesquisa e à localização dos telemóveis, que ajudaram a Google a cimentar a sua posição dominante enquanto motor de pesquisa.

Além disso, as práticas da Google também prejudicaram a concorrência e uma maior inovação no domínio mais vasto dos dispositivos móveis, para além da mera pesquisa na Internet. Isto porque impediram outros programas de navegação móvel de poderem concorrerem com o navegador Google Chrome pré-instalado. Por último, a Google obstruiu o desenvolvimento de ramificações Android, que poderiam ter proporcionado uma plataforma para outros criadores de aplicações prosperarem.

A coima aplicada pela Comissão no valor de 4,34 mil milhões de euros tem em conta a duração e a gravidade da infração. Em conformidade com as orientações para o cálculo das coimas de 2006 da Comissão, a coima foi calculada com base no valor das receitas da Google provenientes da publicidade associada às pesquisas nos dispositivos Android no EEE.

A decisão da Comissão exigiu que a Google ponha termo à sua conduta ilegal de forma efetiva.

No mínimo, a Google tem de cessar nos três tipos de práticas e não reincidir em qualquer deles. A decisão exige igualmente que a Google se abstenha de qualquer medida que tenha um objetivo

ou efeitos idênticos ou equivalentes a estas práticas.

Cabe à Google a responsabilidade exclusiva de garantir o cumprimento da decisão da Comissão.

Por fim, a Google poderá igualmente ter de responder em ações cíveis por perdas e danos que possam ser intentadas nos tribunais dos Estados- membros por qualquer pessoa ou empresa afetada pelo seu comportamento anticoncorrencial. Inclusive, a nova diretiva da UE relativa às ações de indenização no domínio anti-trust torna mais fácil a obtenção de indenizações por parte das vítimas de práticas anticoncorrenciais³².

Considerações finais

Após análise do caso jurídico que trata o presente artigo, conclui-se que uma empresa pode restringir a concorrência, se assumir uma posição de força num dado mercado, como no caso da posição dominante da Google.

Porém, uma posição dominante não é anticoncorrencial, mas, a exploração dessa posição pela empresa para eliminar a concorrência é considerada uma prática ilegal e desleal, ferindo assim as regras anti-trust da UE.

Assim, a Google violou de forma clara e notória, o art. 102º do TFUE, que proíbe as empresas que detêm uma posição dominante em um determinado mercado, como no caso da Google, de abusar desta posição, cobrando preços injustos, e limitando a produção ou recusando inovar em prejuízo dos consumidores.

Portanto, no abuso de posição dominante não se preveem cláusulas de dispensa ou isenção da aplicação das regras comunitárias, tratando-se de uma interdição incondicional, dotada de efeito direto.

Concluiu-se igualmente que a lei da concorrência é uma lei que promove ou busca manter a concorrência no mercado,

32 Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm.

regulando a conduta anticoncorrencial das empresas. O Direito da Concorrência é implementado através da aplicação pública e privada. A lei da concorrência é conhecida como Lei Antitruste nos Estados Unidos e na Europa.

O Direito de Concorrência, apesar de ser recente e de ser ainda alvo de um menor tratamento dogmático pelas jurisdições europeias, tem assumido um grande ímpeto de maturação.

Portugal não pode ser indiferente às práticas europeias, tendo para isso criado a AdC e dotado de poderes necessários para a eficaz defesa da concorrência. Mas, não foi simples a introdução de competências nas autoridades nacionais, sobretudo, no caso dos tribunais, pois além de ser um ramo do Direito ainda desconhecido para muitos dos juristas nacionais, também não se faz presente todos os conhecimentos necessários, não apenas jurídicos, para corresponder às situações práticas que lhes são apresentadas.

Atualmente, já existe uma maior abertura por parte dos intervenientes diretos nas práticas decisórias para obter as competências necessárias para a correta aplicação do Direito da Concorrência.

Entretanto, ficou claro que os tribunais nacionais ainda não estão de fato preparados para aplicar com segurança as normas europeias e nacionais de Direito da Concorrência. Pois, os tribunais além de não serem capazes de decidir tendo por base as regras de concorrência, rejeitando por vezes a sua aplicação, também ainda não têm presentes a noção de aplicabilidade direta do Direito da Concorrência da União Europeia, permitido pelo Reg. 1/2003.

Por fim, também é evidente a falta de preparação e de conhecimento para os tribunais se pronunciarem sobre questões económicas presentes quer nas normas europeias, como na legislação jusconcorrencial nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Dora Resende. (2018) Direito da Concorrência: Os poderes de investigação e sanção da Comissão Europeia. Editora Sílabas & Desafios.

Autoridade da Ocorrência. Abuso de posição Dominante. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx. Acessado em 10 de setembro de 2019.

ARAÚJO, F. (2004) Introdução à Economia. 2^a edição. Coimbra: Almedina.

CARAMELO GOMES, José (2010) Licoes de Direito da Concorrencia, Coimbra: Almedina.

CARAMELO GOMES, José (2010b) Tratado de Lisboa; Tratado da União Europeia; Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Anotados com todas as versões anteriores. Lisboa: Editora Lusíada. ISBN 9789896400620.

CASTILHOS, Daniela. ALVES, Dora Resende. Pecuniary penalties imposed on undertakings within the EU competition policy. New Trends and Issues Proceedings on Humanities and Social Sciences. Volume: 5 Issue: 2. pp. 96-101.

Comissão Europeia. Antitrust procedures in abuse of dominance

(Article 102 TFEU cases). Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html. Acessado em 10 de setembro de 2021.

Comissão Europeia. Anti-trust: Comissão aplica coima de 4.34 mil milhões de EUR à Google por práticas ilegais relacionadas com dispositivos móveis Android destinadas a reforçar a posição dominante do motor de pesquisa da Google. Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm. Acessado em 10 de setembro de 2021.

Comissão Europeia. Relatório da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao

comité das regiões. Disponível em:

https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2018/part1_pt.pdf. Acessado em 10 de setembro de 2021.

Comissão Europeia. Tratado sobre o funcionamento da união europeia (versão consolidada). Disponível em : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acessado em 10 de setembro de 2021.

Comissão Europeia. Versão consolidada do Protocolo (n.º 3) relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf. Acessado em 10 de setembro de 2021.

CRUZ VILAÇA, J.L. (2007) Política de Concorrência: o caminho da modernização In FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA: 50 anos Tratado de Roma. Lisboa: Ancora.

CRUZ VILAÇA, J.L. (2002) A modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia: uma reforma fundamental. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra. vol. Volume comemorativo

Europe Direct. Anti-trust: Comissão aplica coima de 4,34 mil milhões de euros à Google. Disponível em: <https://www.ccdr-alg.pt/site/info/ed/anti-trust-comissao-aplica-coima-de-434-mil-milhoes-de-euros-google>. Acessado em 10 de setembro de 2021.

FERRO, Miguel Sousa. (2015) A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência. Editora Almedina.

FERREIRA, João E. Pinto. (2006) Enquadramento das leis de defesa da concorrência em Portugal. Editora Almedina.

GOMES, Paulo Jorge. O Regulamento 1/2003 (2005) As Relações entre a Comissão Europeia e as Autoridades Nacionais. Verbo Jurídico.

HENRIQUES, Miguel Gorjão. (1998) Da Distribuição da Concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição. Editora Almedina.

MORAIS, Luís Domingos Silva. (2006) Empresas comuns Joint Ventures – no Direito da Concorrência da União Europeia, 9^a ed. Editora Almedina.

PAIS, Sofia Oliveira. Entre Inovação e Concorrência (2011) em defesa de um modelo europeu, 4^a ed. Universidade Católica.

PORTO, Manuel Lopes, VILAÇA, José Luís da Cruz, CUNHA, Carolina, HENRIQUES, Miguel Gorjão e ANASTÁCIO, Gonçalo. (2013) Lei da Concorrência – comentário conimbricense. Editora Almedina.

PORTO, M.C.L. (2001) Teoria da Integração e Políticas Comunitárias. 3^a edição. Coimbra: Almedina.

QUADROS, Fausto de, MARTINS, Ana Maria Guerra. (2007) Contencioso da União Europeia, 2^a ed. Editora Almedina.

ROQUE, Miguel Prata. O Direito Sancionatório Público enquanto bisetrix imperfeita – a pretexto de alguma jurisprudência internacional. Revista de Concorrência e Regulação. Ano IV- Número 14/15 (Abril/ Setembro).

SAMUELSON, . e NORDHAUS, W. (1999) Economia. 16^a edição. Amadora: McGraw-Hill. ISBN 9728298836.

SANTOS, António Carlos Dos. (2014) Direito Económico, 7^a ed. Editora Almedina.

SILVA, André Miguel dos Santos Lopes da. “O Regime Jurídico da Concorrência: atuações e práticas”. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/89550/2/37249.pdf> Acessado em 10 de setembro de 2021.

SILVA, Miguel Moura e. (2018) “Direito da Concorrência- uma introdução jurisprudencial”, 2^a ed. Editora Almedina



Temas de Direito da União Europeia

Daniela Serra Castilhos
Dora Resende Alves
Coord.

 **IBEROJUR**
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

JEAN MONNET ★
PORTUGALENSE

ISBN 978-989-53762-0-9

9 789895 376209 >