



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

João Prata Rodrigues

# **Cooperação Penal na União Europeia** **Entre a Autonomia e a Irritação**

**Criminal Cooperation in the European Union**  
*Between the Autonomy and the Irritation*

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º  
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre na Área de Especialização em Ciências  
Jurídico-Criminais)*

*Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro*

Coimbra, 2017

*À memória do meu Avô Aristides*

*“-Podias dizer-me, por favor, qual o caminho que hei de seguir para sair daqui?  
-Isso depende bastante do lugar para onde queiras ir - disse o Gato.  
-Não tenho preferências... - respondeu a Alice  
-Então tanto faz - disse o Gato  
-...desde que chegue a qualquer lado - acrescentou Alice como explicação.  
-De certeza que chegas - acrescentou o Gato - se caminhares o suficiente.  
Alice achou que aquilo não era coisa que se pudesse pôr em dúvida, e então fez outra pergunta”  
Lewis Carroll, Alice no País das Maravilhas*

## **Agradecimentos**

Este estudo surge num tempo em que se completam dois anos de Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Anos que me ofereceram tempo para a reflexão e para o diálogo, que não é mais do que uma forma mais prazenteira de reflexão. A quem me deu essa oportunidade, sou-vos grato.

Agradeço ao Senhor Doutor Pedro Caeiro ter aceitado ser Orientador desta Dissertação e pela disponibilidade demonstrada para as discussões tidas sobre o tema. Pelas inspiradoras aulas à volta da mesa oval onde se palmilhou o caminho até à definição deste estudo, passando pela sagacidade, espírito crítico e cultura com que muito aprendi, o meu muito obrigado. Recordo com saudade a frase de Jacques Derrida lida na última aula, que me disse muito.

Ao Senhor Doutor José Mouraz Lopes, agradeço a ajuda preciosa na descoberta deste estudo. Já faz tempo que me ajudou pela primeira vez nestes trabalhos de investigação, tendo a constante amabilidade de partilhar valiosas ideias.

Aos meus amigos, que encontramos a meio caminho do nada, mas que ficam sem que lhes possa em troca dar nada, a não ser agradecer. Uma palavra especial para o meu desde sempre colega de Faculdade Flávio. Seguimos sempre o mesmo percurso e aí aprendi a serenidade.

À Mimi que escolheu o mundo e a mim.

Aos meus Pais e Irmãos.

## Resumo

Com este estudo pretende-se analisar o modo como os sistemas jurídicos nacionais e o sistema jurídico da União Europeia se relacionam em matérias de cooperação penal. Primeiramente, introduzimos alguns conceitos chave da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que serão importantes para a compreensão de algumas das respostas emitidas de parte a parte. Abordaremos a questão da existência de Soberania e de uma Constituição na União Europeia, pela importância que isso tem na construção de um método de análise que se pretende de aplicação holística.

Defender-se-á que se podem conceber estes sistemas de uma forma autónoma e autopoiética e que o seu modo de relacionamento se pode enquadrar no conceito de comunicação de Luhmann. Por considerarmos que a relação se constrói por uma regra de deferência de atribuições e competências, estudaremos a divisão das mesmas e as doutrinas da preempção.

Estudar-se-á relevantes decisões do Tribunal de Justiça neste campo, problematizando-se tanto leituras positivas como normativas. Mais especificamente abordaremos os casos Melloni e Aranyosi e Căldăraru, propondo diferentes respostas que permitam uma melhor compatibilização dos fins em cada caso. O artigo 53.º da Carta será objecto de análise, assim como a protecção das identidades constitucionais dos Estados-Membros.

Teremos sempre como pano de fundo o regime do Mandado de Detenção Europeu e a protecção de direitos fundamentais.

Palavras Chave: Cooperação Penal na UE; Teoria dos Sistemas; Luhmann; Mandado de Detenção Europeu; Direitos Fundamentais

## **Abstract**

The aim of this study is to analyze the relationship between national judicial systems and the European Union judicial system in what concerns criminal cooperation. Firstly, key theoretical concepts from Niklas Luhmann's Systems Theory are introduced, which will shape the understanding of how these systems communicate. We will discuss the question of the existence of Sovereignty and a Constitution in the European Union, due to the key role that that plays in the development of an analysis method which is desired to be of comprehensive application.

It will be argued that these systems can be conceived in an autonomous and autopoietic manner and this interaction can fit in Luhmann's concept of communication. Competence distribution and the preemption doctrines will be studied under the assumption that the interaction is built by a rule of permission.

Relevant decisions from the European Court of Justice will be studied, and both positive and normative analyses will be discussed. The Melloni and Aranyosi & Căldăraru cases will be discussed, and innovative solutions for them will be proposed in order to fulfill all the values shown in each case. The 53.<sup>o</sup> of the Charter will be discussed as well as EU protection of EM's constitutional identities.

Throughout this study, the European Arrest Warrant and the safeguarding of fundamental rights are continuously present as background.

**Keywords:** Criminal Cooperation in the EU; Systems Theory; Luhmann; European Arrest Warrant; Fundamental Rights

# Abreviaturas e Siglas Principais

Ac. – Acórdão

AG – Advogado Geral da União

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*

CAAS - Convenção da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen

CDFUE - *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CRP – Constituição da República Portuguesa

DIP - Direito Internacional Público

DQ – Decisão-Quadro

DQ MDE - Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu

DUE – Direito da União Europeia

EUA – Estados Unidos da América

LTC - *Lei Orgânica do Tribunal Constitucional*

MDE – Mandado de Detenção Europeu

QPC -*Question Prioritaire de constitutionnalité*

STC – Sentencia

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCE- Tribunal Constitucional Espanhol

TEDH- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

# Índice

Agradecimentos	5
Resumo	6
Abstract	7
Abreviaturas e Siglas Principais	8
1.Introdução	10
2. Sistemas Sociais para Luhmann	12
3. Sistema Jurídico Nacional e Sistema Jurídico da União Europeia	24
3.1 Breve Análise do Regime Português	31
4. Soberania e Competências	45
5. Divisão de Competências, Preempção e Harmonização pelo Mínimo	57
6. Aplicação da doutrina da Preempção na Área de Liberdade, Segurança e Justiça	65
7. Directiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Março de 2016	72
8. Artigo 53.º CDFUE	77
9. Sistemas e Identidade – Autonomia e Irritação	95
10. Mandado de Detenção Europeu a propósito da Decisão Aranyosi e Căldăraru	107
11. Conclusão	124
12. Bibliografia	126



## 1. Introdução

O sistema jurídico da União Europeia viveu sempre em dinâmica relação com os sistemas jurídicos nacionais. Explicitar algumas características desse fenómeno, no âmbito da cooperação penal, será o *leitmotiv* base deste estudo. Para tal, a utilização da teoria dos sistemas sociais de Luhmann parece-nos pertinente. Apesar de já ser ter sido proposto por diversos autores a utilização dos quadros e conceitos luhmannianos (e por essa razão não utilizamos outros autores da mesma família de pensamento) para o estudo desta temática, não identificamos que esses conceitos tenham sido usado em pontos específicos dessa relação, crendo nós que encontrar-se-á novas vistas juridicamente valiosas. Estudar-se-á a natureza dos sistemas jurídicos em causa (dando especial foque à problematização da existência de um texto constitucional *thick* no sistema jurídico da União Europeia) e o modo como eles se relacionam e compatibilizam. Como a teoria dos sistemas sociais de Luhmann se apresenta, por vezes as nossas análises serão meramente de escopo positivo.

Não obstante, faremos um juízo crítico de algumas propostas de resolução de problemas já apresentadas neste âmbito temático da cooperação penal. Mais do que a proposta de novos elementos (ainda não presentes nos sistemas) que corrigiriam vícios ou iniquidades, propomo-nos principalmente com este trabalho reflectir sobre os sistemas jurídicos *lege data*, pretendendo demonstrar a elasticidade dos elementos já presentes, interpretando-os num sentido que promovam respostas mais equitativas dos valores que se impõem nas diversas problemáticas abordadas neste estudo.

Assim, estudaremos o Acórdão Melloni e a interpretação que fez do artigo 53.º da Carta. Aqui, acrescentaremos uma proposta alternativa de resolução do caso e de futuros casos semelhantes. Utilizaremos aqui os conceitos associados à Preempção e à Divisão de Competências. Por necessidade do caso, teremos que tomar em consideração a protecção oferecida pelo sistema jurídico da União Europeia às questões identitárias constitucionais dos sistemas jurídicos nacionais, dando espaço à aplicação dos conceitos de autonomia, irritação e comunicação.

Por fim, estudaremos, a pretexto do caso Aranyosi e Căldăraru, novas perspectivas associadas à maior complexidade presente no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Numa análise paralela com as soluções apresentadas em sede do Sistema Comum de Asilo,

descobriremos pontos de contacto, retirando um juízo crítico do caso Aranyosi e Căldăraru..

## 2. Sistemas Sociais Para Luhmann

O pós-Iluminismo é traumático para o cientista social. Onde antes havia uma razão universal que sustentaria uma ligação entre todos (uma *communitas*, portanto), agora há uma procura por um axioma que possa servir de farol a toda a vivência (o “ruir de referentes” que Castanheira Neves fala<sup>1</sup>). Do pensamento grego em que o Direito não era autonomizado de uma experiência holística “ético-política” do justo, do pensamento romano já com o Direito autonomizado da “ordem do ser” grego, direito este constituído judicativamente, mas sempre (não sendo por isso antagónico, neste ponto, da perspectiva grega) com um referente claro e “intersubjectivo”, *suum cuique tribuere*; enfrentamos depois o jusnaturalismo e o jurracionalismo que, embora tendo as suas inelimináveis diferenças, tinham ainda pontos de encontro num projecto intersubjectivo<sup>2</sup>. O “ruir de referentes” (*rectius*, ruir daqueles referentes) fez-nos sofrer “a perda contextual de sentido das referências até então regulativas”<sup>3</sup>, sendo, pois, premente a procura de novo paradigma. Vivemos, pois, momentos de crise.<sup>4</sup>

Castanheira Neves analisa o homem desprendido de tudo excepto das suas “pretensões subjectivas”<sup>5</sup> envolvido (ou co-criador) numa *societas* “axiologicamente neutra”. “Um homem (...) que é o construtor do seu mundo (...) e como ser histórico ou da

---

<sup>1</sup> Neves (2008a), p. 80.

<sup>2</sup> Neves (2008c), p. 52- 53 e (Neves, (2008d), p. 111-116.

<sup>3</sup> Neves (2008c), p. 162.

<sup>4</sup> Kuhn atribui à crise o significado da necessidade de “renovar os instrumentos” cfr. Mouraz Lopes (2005) p. 14 com explicitações de como os paradigmas são criados e ultrapassados. Em sentido concordante, Neves (2008c), p. 163 e Neves (2008b), p. 115. Thomas Kuhn notabilizou-se pela defesa da ideia de que a investigação científica se baseia em paradigmas. Não sendo o espaço próprio para extensos comentários acerca destes estudos, é importante afirmar que para Kuhn paradigmas são “modelo que dão lugar a uma determinada tradição de investigação científica corrente” - Kuhn (2009), p.32. Não nos é desconhecida a posição contrária de Karl Popper a estas teorias de Thomas Kuhn - sendo um “corpo implícito de crenças teóricas e metodologias interdependentes que permitem a selecção, avaliação e a crítica” Kuhn (2009), p. 39. Para este autor, os paradigmas oferecem respostas científicas para determinado conjunto de problemas, tendo estas respostas que ser coerentes e validar o paradigma que o cientista abraçou na sua investigação científica – se um resultado concreto conseguido pelo investigador não for coincidente com a resposta que o paradigma poderia dar, o paradigma não é, na maioria dos casos, questionado, mas sim o método utilizado naquela descoberta, Kuhn (2009) p.71. Por outro lado, este autor demonstra convincentemente que não é raro que antagónicas respostas sejam fruto de diferentes bases de trabalho dos cientistas, sendo as duas argumentações válidas e correctas, ainda que nos respectivos paradigmas: “Perguntou a um distinto físico e a um eminente químico se um único átomo de hélio era ou não uma molécula. Responderam ambos sem hesitar, mas as respostas não foram coincidentes. Para o químico, o átomo de hélio era uma molécula, visto que se comportava como tal de acordo com a teoria dos gases. Para o físico, por outro lado, o átomo de hélio não era uma molécula, pois não exhibia qualquer espectro molecular. Presumivelmente estavam ambos a falar da mesma partícula, mas olhavam-na sob a influência do seu próprio treino e prática de investigação” - Kuhn (2009), p. 207.

<sup>5</sup> Neves (2008b), p. 54.

história (...) e que a orienta funcionalmente segundo a opção dos seus projectos” – “«o desencantamento do mundo» na expressão de M. Weber”. Foi isto terreno fértil para o funcionalismo colocar as suas sementes e para que o Direito perdesse (na maioria das vertentes dessa doutrina) a sua autonomia.<sup>6</sup>

Nos seus estudos, Niklas Luhmann<sup>7</sup> aborda esta perda de referencial<sup>8</sup> e afirma que, conseqüentemente, o objecto do seu trabalho foi alargado para limites incalculáveis<sup>9</sup> (tanto nos juízos valorativos como nas perspectivas que desembocam em juízos de facto)<sup>10</sup>, não sendo mais possível defender, como faria René Descartes, “que o poder de julgar de forma correcta e discernir entre o verdadeiro e o falso, que é justamente o que é denominado bom senso ou razão, é igual em todos os homens”<sup>11</sup>.

Niklas Luhmann sentiu necessidade de criar uma estrutura intermédia entre as teorias factoriais (que estudam cada pequena acção concreta) e a as inúmeras (e inabarcáveis) possibilidades do mundo-da-vida, tendo desenvolvido o conceito de sistema<sup>12</sup>. Não defende um conceito tradicional de sistema, “centrípeto” - numa lógica de união dos elementos com um certo grau de semelhança, mas sim a soma de possibilidades seleccionadas de entre outras postergadas, com uma “dinâmica relacionidade”<sup>13</sup>, ou dando voz ao autor “por sistema social deve aqui entender-se uma conexão de sentido das acções sociais, que se referem umas às outras e se podem delimitar de um meio ambiente de acções não pertinentes”<sup>14</sup><sup>15</sup>. Um outro conceito essencial para Luhmann é o conceito de

---

<sup>6</sup> Neves (2008b), p. 53 e Neves (2008c), p. 180. O intuito deste pequeno percurso histórico-dogmático foi apenas criar um enquadramento impressionista do nascer do Funcionalismo Jurídico. Não se ignoram as milhentas e muito relevantes etapas deste percurso.

<sup>7</sup> Niklas Luhmann, nascido no ano de 1927, em Lüneburg foi um dos maiores nomes da sociologia alemã e mundial. Licenciado em Direito, no ano de 1949, foi o mais proeminente defensor das teorias sistémicas onde o objecto de estudo é, naturalmente, os sistemas sociais. Ultrapassada a defesa de teorias factoriais que são, para Luhmann “tentativas de reconduzir a origem e as peculiaridades das formações sociais a determinadas causas singulares” Luhmann (2005), p. 28. Ora, para este autor, a sociologia tem a sua génese (bem como a consciência da acção pelo Homem) no exercício de redução “a um formato que se possa viver com sentido”, já que “demasiado saber” não clarifica mais, antes se perde na lonjura do saber presente, mas não consistente” (mesmo artigo, p. 35).

<sup>8</sup> Habermas (1998), p. 328; Marcelo Neves (1996), p. 94 e Luhmann (1980), p. 31.

<sup>9</sup> Expressão com significado preciso.

<sup>10</sup> Luhmann (2005), p. 29.

<sup>11</sup> René Descartes, “Discurso do Método”, p. 1.

<sup>12</sup> O conceito de sistema social, que é basilar no pensamento do sociólogo alemão, nasce essencialmente com Talcott Parsons que define como “uma pluralidade de actores individuais que interagem entre si numa situação que têm, pelo menos, um aspecto físico ou de meio ambiente, sendo actores motivados para «obter um óptimo de gratificação» e cujas relações com as suas situações – incluindo aqui os restantes actores – estão mediadas e definidas por um sistema de símbolos culturalmente estruturados e partilhados” Parsons (1952), p. 7.

<sup>13</sup> Citações de Neves (2008e), p. 243. Igual ideia em Mendonça (1985), p. 43 e Christodoulidis (1998), p. 77.

<sup>14</sup> Luhmann (2005), p. 75.

complexidade, que pode ser definido como o limite de possibilidades existentes ou de “acontecimentos possíveis”<sup>16</sup>.

O que se pede aos vários sistemas é que reduzam a complexidade, selecionando, com sentido, certos acontecimentos possíveis, garantindo um estado de percepção e compreensão, que poderão ser tomados como expectativas, ou estruturas.<sup>17</sup> Daqui se retira a cisão entre sistema e mundo-da-vida, tornando o primeiro autónomo do segundo.<sup>18</sup> O modo de recepção e a escolha destas possibilidades é deixado na autonomia dos sistemas sociais, a que este autor dá o conceito de sentido<sup>19</sup> Sendo a escolha autónoma, o número de elementos selecionados é limitado à capacidade de apreensão. Assim, se se sentir a necessidade de aumentar as possibilidades reconhecidas pelo sistema, ter-se-á de proceder à diferenciação interna, gerando subsistemas autónomos do sistema anteriormente unitário, havendo novamente um processo de redução da complexidade, “conseguindo encapsular-se e neutralizar-se de efeitos perturbadores do ambiente nos sistemas parciais”<sup>20</sup>. Talvez a linguagem possa induzir o erro e acreditar-se que, para Luhmann, há uma qualquer ideia de ligação/união entre os sistemas, já que se aborda o conceito de “subsistemas”. Pelo contrário, Luhmann interpreta o singular sistema como uma oposição ao meio-ambiente, onde se englobam também os sistemas sociais como as suas ramificações e divisões.<sup>21</sup>

Este é, por certo, um dos pontos essenciais da teoria dos sistemas de Luhmann, ao defender que é na escolha de possibilidades que certo sistema cria as barreiras entre si e o ambiente que o rodeia<sup>22</sup>, permitindo-se ao sistema renovar/alterar os seus elementos de um modo independente por força dos seus elementos próprios - permitindo ao sistema através

---

<sup>15</sup> “O sentido é a selecção a partir de outras possibilidades; é, portanto, ao mesmo tempo, referência a outras possibilidades” Luhmann (2005), p. 78.

<sup>16</sup> Luhmann (2005), p. 77.

<sup>17</sup> “Servem para a mediação entre a extrema complexidade do mundo e da capacidade muito menor, dificilmente alterável por razões antropológicas, do homem para a elaboração consciente da vivência” - Luhmann (2005), p. 80). Estas expectativas (tanto cognitivas como normativas) são, portanto, uma escolha de possibilidades que se espera e que, existindo, permitem que se tomem decisões com uma base maior e com maior rapidez, assim Luhmann (1995) p. 96.

<sup>18</sup> Impressiva a sentença de Luhmann “O ambiente é caos para o sistema”, Neves (2008e), p. 246; “Para toda a gente o mundo é excessivamente complexo, cheio de possibilidades imprevisíveis e, como tal, desconcertante”, Luhmann (1980), p. 25.

<sup>19</sup> Luhmann, (2005), p. 80 - Luhmann toma-o como abstracção da relação entre algo que se escolheu e que se deu atenção em relação a algo que não foi escolhido/não se deu atenção. É, portanto, o *modus* de redução da complexidade através da selecção, ver também Luhmann (1993), p. 105. Sobre este conceito, Eva M. Knodt no *Foreword* à obra de Luhmann (1995), p. xxiii.

<sup>20</sup> O processo de diferenciação interna explicado detidamente em Luhmann (2005), p. 100ff.

<sup>21</sup> Cfr. Christodoulidis (1998), p. 86-88.

<sup>22</sup> Sobre isto Luhmann, (1993), p. 73.

de comunicações<sup>23</sup> alterar ou confirmar a estrutura (o conjunto de elementos), caso se cumpra ou não uma expectativa selecionada anteriormente pelo sistema. Estes elementos baseiam-se essencialmente em códigos binários opostos entre si – positivo e negativo<sup>24</sup> (que no Direito são facilmente perceptíveis como legal/ilegal, e que portanto respondem à questão se determinado facto cumpre ou não as expectativas depositadas<sup>25</sup>) que permitem que o conhecimento do meio ambiente seja decifrado por estes códigos, permitindo uma resposta própria (a comunicação do sistema em causa), sem que tenham de contar com um contributo externo para que possa emitir a sua comunicação<sup>26</sup>. E aqui se percebe, com menos dificuldade (no seio, ainda, de uma teorização com um relevante grau de abstracção<sup>27</sup>), a ideia de redução de complexidade – às solicitações da Sociedade (e, por isso, do Meio-ambiente, do ponto de vista do sistema jurídico, ainda que para Luhmann a Sociedade seja a soma de comunicações, sendo tomadas pelo sistema em causa como informações)<sup>28</sup> será oferecida uma resposta binária, por isso própria e independente. Caso é no Direito que a realidade é descomplexificada, já que é disposta em factos, reconhecidos de uma forma específica pelo sistema jurídico através do elemento presente na norma.<sup>29</sup> Demonstrando com um exemplo prático apresentado por Lauder<sup>30</sup>: um cego usará a bengala apenas para perceber se à sua frente se apresenta um obstáculo ou se tem o caminho livre, sendo apenas essas duas respostas que o sistema da bengala seleciona como possíveis dentro do limite abstractamente<sup>31</sup> inabarcável do ambiente. Este sistema (ou

---

<sup>23</sup> “A comunicação constitui factor prioritário de afirmação da sua individualidade” Esteves (2006), p. 22.

<sup>24</sup> Marcelo Neves (1994) p. 119.

<sup>25</sup> Assim Luhmann (1993) p. 173. Quando essa expectativa é gorada poderá ser necessário alterá-las, modificando, conseqüentemente, os elementos de um concreto sistema social. Luhmann oferece um pedagógico exemplo: há a expectativa de todos os pastores serem homens, havendo um conjunto de corolários; imaginando que se conhece uma pastora, essa expectativa é defraudada, tendo-se de alterar outras expectativas e, portanto, elementos que sejam consentâneos com este novo facto, de acordo o sistema, Luhmann (1995) p. 68, ou outro exemplo da esposa que sempre cozinhava uma tarte com um sabor específico para o seu marido durante largos anos. Num determinado momento é-lhe revelado que o seu marido nunca gostou daquele doce, tendo a esposa de alterar as suas expectativas, p. 346.

<sup>26</sup> Cfr. Esteves (2006), p. 32.

<sup>27</sup> Do qual pode ser tomado não como falha, mas como única forma de abarcar vários fenómenos sociais, numa teoria totalizante. Assim, “o paradigma que Luhmann nos propõe ajuda-nos a compreender diferentes aspectos da realidade social e política contemporânea (que outros paradigmas não entendem, ou simplesmente, ignoram), mas dele não devemos esperar mais do que nos poder dar.” Esteves (2006), p. 20.

<sup>28</sup> “Isto faz com que nem o papel, nem tinta, nem pessoas ou organismos (...) sejam parte do Sistema Jurídico”, Luhmann (1993), p. 73-74.

<sup>29</sup> Mais detidamente sobre isto Luhmann, (1992), p. 1429-1430, tendo obviamente relevantes parecências com o defendido no positivismo jurídico com o seu conhecido silogismo subsuntivo.

<sup>30</sup> Ver Lauder (1999), p. 12-13.

<sup>31</sup> Porque só pelo sistema o ambiente se tornará inteligível e este é sempre redutor do primeiro, portanto, conhecer-se-á apenas a contingência da escolha do sistema. “A cada tentativa de aumentar o número de

subsistema, pouco importa) necessita que hajam outros sistemas que possam perceber outras realidades, simplificando-as,<sup>32</sup> permitindo a concretização de outras funções da sociedade.

Sobre o sistema social do direito, Luhmann lembra que até a teoria jusnaturalista e juraracionalista teriam procedido à apreensão de sentido de axiomas básicos (de entre outros possíveis), que desembocaram num produto normativo potencialmente coerente e feito por corolários.<sup>33</sup> Defende que é impossível montar afirmativa lógico-dedutivamente (*lato sensu*) a validade (“eterna”) das normas, sendo o Direito “produzido e modificado”<sup>34</sup>, podendo através da sua positividade (ainda que não tenha de ser legislativamente positivado) criar uma “ordem social complexa, fortemente diferenciada”<sup>35</sup>.

Niklas Luhmann vê a função do Direito de um modo peculiar: analisa a complexidade e volatilidade do mundo e das pretensões subjectivas, vaticinando um “caos”, concluindo que o Direito deve ser uma estrutura conservadora com poder sancionatório (sistema jurídico como o “dever-ser que é”). O conceito de estrutura conservadora, vista não sob qualquer espectro político-social, mas num sentido etimológico, ou mesmo químico.<sup>36</sup> Luhmann defende que, pelo sistema que tem capacidade coerciva (“Direito que é”), poder-se-ão generalizar as expectativas<sup>37</sup>, tornando as possibilidades escolhidas pelo sistema jurídico estáveis e previsíveis para a cognoscibilidade do agente.<sup>38</sup> Caso contrário, se o Direito não tivesse esta função de atrito imobilizador, viveríamos em tempos de “incerteza” e de “indeterminação exponenciada”. Buscando a terminologia usada por Castanheira Neves, de uma “entropia social”<sup>39</sup>, o sistema jurídico procura a negentropia. Esta generalização de expectativas faz-se em três reflexos: temporal (combatendo a “incerteza”<sup>40</sup> ao longo do tempo, que não é mais do que

---

códigos faria imediatamente com que a decisão se tornasse muito complicado e que o Sistema não conseguiria atuar de forma suficientemente segura” – Luhmann (1993), p. 185.

<sup>32</sup> Para Luhmann, para o acto de pedir a conta num restaurante, o Direito comunicará apenas sobre um aspecto, deixando outros tópicos para outros sistemas sociais, Luhmann (1993), p. 98.

<sup>33</sup> “Restringi-lo [o quadro normativo] ao sentido que se pode construir a partir destas normas básicas” – Luhmann (2005), p. 55.

<sup>34</sup> Luhmann (2005), p. 56.

<sup>35</sup> Luhmann (2005), p. 56.

<sup>36</sup> Habermas (1992), p. 67.

<sup>37</sup> “Expectativas, isto é, imagens antecipadas do que vai acontecer” Guibentif (2005b), p. 198. Sobre isto Luhmann, (1993), p. 148ff.

<sup>38</sup> Luhmann (1980) p. 40.

<sup>39</sup> Neves (2008e), p. 253).

<sup>40</sup> “Quem espera não deve surgir como ridicularizado no caso de desilusão, deve prosseguir na sua expectativa e poder continuar a agir significativamente nesta base, deve clarificar a sua situação e, se for necessário, poder dar uma expressão aos seus sentimentos” – a sanção, Luhmann (2005) p. 95.

a mudança), no plano objectivo com a já referida escolha de sentido, e na generalização social das expectativas através da “institucionalização”, imunizando a decepção<sup>41</sup>. Na medida em que uma expectativa é institucionalizada, quem espera pode partir do acordo, “sem se terem comprovado opiniões e motivos individuais”.<sup>42</sup> São, portanto, “expectativas normativas ou “contrafactuais” que são afirmadas e tuteladas pelo sistema jurídico.<sup>43</sup> E, por isso, para Luhmann o conceito de legal pode ser traduzido para o conceito de conformidade do facto às expectativas normativas estabelecidas e o conceito de ilegalidade por frustração por inconformidade com o esperado.<sup>44</sup>

Este sistema funciona autonomamente do seu mundo da vida, num sistema de “auto-descrição”,<sup>45</sup> resgatando um conceito biológico de *autopoiesis*. Conceito criado em 1972 por Humberto Maturana e Francisco Varela, que se poderá definir como a capacidade circular e em circuito fechado de (re)produção de unidades por modelos que se baseiam na sua constituição.<sup>46</sup>

É assegurada, nesta teoria do sociólogo alemão, a autonomia do jurídico, permanecendo equidistante de outros sistemas sociais (como a economia, política, cultura, etc.),<sup>47</sup> existindo, pois, diferenças para as outras propostas funcionalistas onde “o direito deixa de ser auto-subsistente de sentido e normatividade para passar a ser *instrumento*”<sup>48</sup>. O sistema jurídico baseia-se no código binário “*Recht/Unrecht*, lícito/ilícito, legal, ilegal”<sup>49</sup> e por aí se reduz a complexidade de possibilidades alternativas e por ele se reproduz e se constitui, independentemente do meio ambiente e das desilusões que podem advir do não cumprimento do preceituado legalmente.<sup>50</sup>

---

<sup>41</sup> Habermas (1992), p. 68.

<sup>42</sup> Luhmann (2005), p. 96.

<sup>43</sup> Santos (2014), p. 237-238, nota 377.

<sup>44</sup> Luhmann (1993), p. 183.

<sup>45</sup> Neves (2008e), p. 255; expressivo o conceito de “clausura” (p. 245). Sobre isto Luhmann (1993), p. 80-85, dando especialmente ênfase à diferença entre clausura e isolamento, excluindo o segundo conceito da sua teoria.

<sup>46</sup> “Luhmann salienta «que um sistema só pela relação dos seus elementos se pode constituir e alterar” Carvalho (2005), p. 166. Sobre este ponto, desenvolvidamente (e, afirme-se, relatando a posição contrária dos criadores chilenos à apropriação deste conceito na teoria dos sistemas de Luhmann, (Neves, (2008e), p. 244-250.

<sup>47</sup> Neves (2008b), p. 60 Em tom crítico, acusando Luhmann de pensar que “o processo do mundo somente se processasse mediante diferenças sistemas/meio-ambiente” Habermas (1998), p. 70 e 349

<sup>48</sup> Neves (2008b), p. 52.

<sup>49</sup> Neves (2008e), p. 254.

<sup>50</sup> Neves, (2008e), p. 258-259. Jürgen Habermas tem um pensamento semelhante a Luhmann “cada elemento utilizado no sistema tem de ser produzido por este meio e não pode ser retirado já para pronto uso do meio circundante. – a auto-referencialidade das operações dos sistemas transformadores de sentido tem, em primeira linha, o sentido prático de autocriação”, Habermas (1998), p. 336 e 338. Sobre o modo como o



Niklas Luhmann refere que essa simplificação da complexidade do mundo exterior se dá, em primeira ordem, pela positivação do código<sup>51</sup> e de um programa condicional (pressuposto basilar de todo o edifício funcionalista sistémico), já que é pelo *Konditionalprogamme* (“Se...então) que se garante a autonomia e a ausência de pressões do mundo exterior e de outros sistemas sociais parcelares.<sup>52</sup> Poder-se-á dizer que Luhmann contorna o nó górdio do “ruir de referentes”, voltando-se outra vez mais para o positivismo jurídico.<sup>53</sup> A positivação para Luhmann permite que a existência de um programa (podendo este ter um conteúdo eminentemente político/económico/etc.) não ferirá a autonomia do sistema jurídico. Isto ocorre pela utilização dos já elencados “códigos” (legal/ilegal)<sup>54</sup>, em si mesmos vazios, mas absolutamente essenciais para que o programa não destrua a autonomia do sistema jurídico, sendo imutável a interesses e respostas não constantes da norma jurídica nascente, por exemplo, da legislação ou da jurisprudência.<sup>55</sup>

O que se pede, é que os instrumentos de observar o meio ambiente sejam os estabelecidos pelo sistema, sendo claramente de somenos importância na ideia de autonomia autopoietica para Luhmann a escolha de como num determinado momento o sistema jurídico censura ou deixa de censurar um determinado comportamento (definido no programa da norma), estando essa análise remetida para uma observação de segundo grau, onde já não se a comunicação da norma, mas o programa da norma que lhe foi acoplada. Só o programa pode ser considerado justo ou injusto, e poder-se-á, claramente, estender esta ideia ao conjunto dos programas de um determinado sistema jurídico. Por outro lado, a existência destes códigos binários será considerada paradoxal, caso sejam aplicados a si mesmos (“o que é legal não é ilegal” e o “que é ilegal não é legal), sendo, portanto, uma tautologia que não permitiria uma comunicação correspondente ao objectivo do Direito, caso não seja o código substanciado pelo programa.<sup>56</sup>

---

código e a clausura operativa permitem reduzir a importância do não cumprimento da norma a independência e perenidade do sistema jurídico, pelo menos naquela comunicação jurídica, Luhmann (1993), p. 109. Além disto, Luhmann estuda os mecanismos sociais que permitem que se possa alterar as expectativas cognitivas do infractor e da comunidade que o rodeia, aumentando, a vigência da norma, no seu livro *Legitimação pelo Procedimento*.

<sup>51</sup> Tendo neste ponto uma clara influência do pensamento de Max Weber na sua defesa da legitimidade pelo legalismo.

<sup>52</sup> Neves (2008e), p. 266. De igual modo Luhmann (2005), p. 56 e Luhmann (1993), p. 118 e p. 196ff..

<sup>53</sup> Neves (2008e), p. 266-7.

<sup>54</sup> Christodoulidis (1998), p. 91

<sup>55</sup> Sobre isto, Luhmann (1993), p. 118; sendo que é no código que o sistema jurídico comunicará e permitirá as suas operações de reprodução, Christodoulidis (1998) p. 93.

<sup>56</sup> “O programa complementa os códigos e substancia-os com conteúdo. A distinção entre os dois faz com que seja possível que o código seja concebido como tautológico, que seja tomado como uma relação de troca

Ainda que Luhmann dê uma especial atenção ao processo social que acarreta uma concreta alteração legislativa, que implica a criação de expectativas<sup>57</sup> agora tuteladas pelo sistema jurídico (sempre no campo do programa), esta premissa não é conflituante com a ideia de que o sistema jurídico tem o seu processo de desenvolvimento, não sendo um instrumento estático e estatizante (que necessite exclusivamente do impulso legislativo), já que pelas suas comunicações, vai criando e recriando novas possibilidades de resposta às diversas solicitações que chegam ao seu, num claro raciocínio comparatístico-analógico.<sup>58</sup>

Duas ordens de pensamento vêm à tona após esta análise: que o fundamento encontrado, que terá de ser adoptado, radica no Homem-sujeito<sup>59</sup> e que o Direito é um projecto comprometido com uma válida axiologia e que não se satisfaz por ser mero objecto (mesmo que coerente) de conhecimento, exigindo-se a inclusão da intencionalidade problemática do caso e a aceitação que por ele o sistema se constitui e reconstrói.<sup>60</sup>

Porém, é necessário aproximar posições, fazendo uma análise em que se consigam visualizar caminhos sobrepostos. E se, de facto, são muitas as críticas a este pensamento de Luhmann, sente-se a necessidade de acrescentar alguns pontos para que se tenha um melhor enquadramento do trabalho deste autor na teoria do Direito. Houve, estamos mais ou menos certos, uma exagerada preocupação com a autonomia e com a coerência do sistema jurídico<sup>61</sup>, mas sublinhe-se que esta análise não impedirá, por certo, a inclusão de soluções jurídicas comunitariamente valiosas. Teve o mérito de levar o foco da discussão para uma das funções do Direito, não impedindo outras tantas. Se de facto, é difícil sair, através desta teoria, da “camisa-de-forças” de uma ingénua aplicação do direito positivado

---

formal entre valores (legal/ilegal) e, ao mesmo tempo, que garanta que o sistema se torne decisor” Luhmann (1993), p. 203.

<sup>57</sup> Tendo que ver igualmente com a força da norma que, sendo uma garantia de expectativas, perdendo a sua força na vigência social, haverá uma tendência para a sua substituição por outra mais consentânea com as novas expectativas. Isto num mecanismo duplo, já que a infracção da norma reduzirá a sua vigência social ao mesmo tempo que a desilusão da comunidade (por não encontrar uma comunicação do sistema social do direito coerente com a nova expectativa) poderá levar a uma alteração do programa da norma, mantendo sempre a estrutura do código binário que permite a autonomia e a segurança na resposta jurídica à solicitação do ambiente.

<sup>58</sup> Temática que não iremos abordar, a que Luhmann insere na argumentação jurídica. Sobre isto capítulo VIII da obra de Luhmann, *Law as Social System*. Também sobre isto, resumidamente, Lauder (1999), p. 15.

<sup>59</sup> “O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nossos tempo”, Neves, (2008b), p. 69.

<sup>60</sup> Bronze (2012), p. 223.

<sup>61</sup> (Habermas (1998), p. 339.

em códigos binários e programas condicionais<sup>62</sup>, não se impede que a escolha destes seja a mais justa e mais consentânea com os anseios da *communitas*.<sup>63</sup> Para Niklas Luhmann a escolha continua a cargo do Homem com a escolha das possibilidades, que não é mais do que a proclamação de um projecto comunitário, não havendo, assim, nenhum obstáculo a que essa escolha seja axiologicamente orientada.<sup>64</sup>

Nem se diga que este sistema “enclausurado” é insusceptível de mudança e apático.<sup>65</sup> É, pelo contrário, um sistema “*cognitively open but operationally or normatively closed*,” com uma estrutura de *autopoiesis*.<sup>66</sup> No entanto, como Castanheira Neves observa de modo preciso, o que a posição jurisprudencialista toma como central (que nos obriga na procura de compromissos práticos entre o *constituendo* e orientado sistema e a problemática do caso e que são por certo catalisadores e indutores da reconstrução da normatividade vigente) toma esta doutrina como “externalidades”<sup>67</sup> ou, mais concretamente, como um problema de outra ordem, de segundo grau (porque já não ao nível das operações), ganhando este relevância não se encontra uma resposta consentânea com o determinado sentido de justiça num determinado contexto temporal e espacial.<sup>68</sup>

Por outro lado<sup>69</sup> será igualmente útil tomarmos a teoria de Luhmann como uma chamada de atenção para a Sociedade por um ponto de vista, que consideramos coerentemente certo, mas que não impede a existência de outros de outra espécie, como poderão ser as teorias de pendor mais normativo e menos positivo, como esta de Luhmann é bom exemplo.<sup>70</sup>

---

<sup>62</sup> “Através da codificação bivalente do sistema jurídico é criada a segurança, de que, quando se está no direito, se está no direito e não na injustiça”- Niklas Luhmann citado em Habermas, (1992), p. 78.

<sup>63</sup> “Para Luhmann (respondendo à crítica de poder ser uma tecnologia social ao serviço do mal) o problema mais interessante de cada sistema não é o da sua *Selbsterhaltung* (sobrevivência) mas, antes de mais, a necessidade de produzir a cada instante novos acontecimentos, ou seja, seleccionar entre todos os acontecimentos possíveis, nesse instante”, Manuel Santos, (2005), p. 134.

<sup>64</sup> Manuel Santos, (2005), p. 124. Mas um projecto meramente contingente - “é assim, mas podia ser de outra maneira” - Luhmann citado por Andrade, 2006, p. 265.

<sup>65</sup> Luhmann (1995), p. 45 - “*Reproduction thus does not mean simply repeatedly producing the same, but rather reflexive production, production out of products*”.

<sup>66</sup> Sobre isto e sobre o modo de congruência entre os polos do sistema e do mundo (apresentando exemplos Neves (2008e), p. 255.

<sup>67</sup> Neves (2008e), p. 273.

<sup>68</sup> Isto é plenamente assumido pelo Autor ao afirmar que o sistema jurídico, na sua perspectiva, não é tomado como um conjunto de normas e princípios, mas de estruturas e operações que, por definição, precisam de ser comunicadas como comunicações legais. Sobre como as operações não podem ser consideradas justas ou injustas, Luhmann (1993), p. 214.

<sup>69</sup> Seguimos de perto Lauder.

<sup>70</sup> Lauder, (1999), p. 35 - “Penso que a teoria autopoietica não deve ser tomada, ao contrário de Luhmann que considerava como a única construção científica que podia analisar o Direito contemporâneo, mas apenas

O conceito de “autonomia”, “reprodução pelos seus próprios elementos do sistema” e da “selecção/alteração das possibilidades se dar por mecanismos próprios” são ainda centrais. Mas como se disse, os sistemas sociais estão cognitivamente abertos ao seu meio-ambiente, podendo estas escolhas acarretar uma certa “irritação” (que não significa mais que a complexidade do ambiente não encontrar uma consentânea comunicação/elemento no sistema) do ambiente que o circunda – sendo que a alteração desses elementos terá sempre que acontecer por elementos próprios<sup>71</sup> (“*The system itself registers the irritation – for instance, in the form of the problem of who is right if there is a conflict – only on the video screen of its own structures. Anomalies, surprises, and disappointments all presuppose expectations in which they can be reflected, and these are structures that result from the history of the system*”)<sup>72</sup>., garantindo a continuidade da autonomia do sistema face ao “*everything else*”<sup>73</sup>; caso se dê essa alteração nos elementos, o sistema fica, conseqüentemente, mais complexo, correspondendo às necessidades do meio-ambiente.<sup>74</sup>

Um segundo ponto muito interessante da teoria dos sistemas sociais de Luhmann relaciona-se com o conceito de “comunicação” sendo pela comunicação que os sistemas sociais interagem entre si, ainda que por um modo próprio e especialmente interessante. Comunicações estas que nascendo de um sistema, podem ser conhecidas por outro sistema como informação (vinda do ambiente de um segundo sistema).

Esta percepção pelo segundo sistema será conseguida pelos próprios elementos, fazendo com que a compreensão esteja sempre dependente da escolha de sentido feita pelo sistema - “a comunicação está virada para si própria, isto é, para o sistema que tem lugar” - , o sistema e as comunicações estão, assim, numa constante incindibilidade.

Luhmann, tomando o conceito de comunicação (onde se incluem as normas, como já se viu<sup>75</sup>) como central e elementar (*rectius* como elemento que permite a reprodução dos sistemas, pois estes são constituídos por comunicações) divide a comunicação em três

---

como uma forma de descrever o direito pós-moderno, por razão do seu conceito plural”. Sobre o conceito de pós-modernidade, não se poderá olvidar as conhecidas críticas que Habermas faz ao mesmo.

<sup>71</sup> Marcelo Neves (1994), p. 115 - “Em relação ao sistema atuam as mais diversas determinações do meio ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando esse, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes essa forma”. Estes mecanismos próprios serão tanto a existência do código como a existência de uma construção da comunicação baseada num programa condicional.

<sup>72</sup> Luhmann (1993), p. 383

<sup>73</sup> Luhmann (1995), p. 181 toma este conceito como o ambiente, que só poderá ser definido pela negativa relativamente ao sistema.

<sup>74</sup> Neste sentido, abordando a forma como a incapacidade de um sistema em específico. de oferecer uma resposta levou e leva à diferenciação social, conceito que não poderemos abordar aqui, Esteves (2006) p. 36, mas que corresponde ao processo de complexificação do real.

<sup>75</sup> Luhmann (1993), p. 84.

momentos-processos: informação, meio e compreensão (*information, utterance and understanding*). Informação é a escolha do que se quis comunicar dentro do que se poderia ter comunicado. O meio é determinado pela forma como que determinada informação é veiculada, podendo tratar-se da linguagem ou de qualquer outra forma de transmitir a escolha feita pela informação.

A compreensão já não é da competência do sistema que comunicou<sup>76</sup>, mas do sistema que analisa a informação, fazendo-o com duas importantes condicionantes, a saber: o meio em que se baseou a informação e a própria constituição do seu sistema com a escolha dos elementos nele presentes (suas possibilidades anteriormente escolhidas de entre a miríade do meio-ambiente) que, por causa da informação, se irão autorreproduzir, através de nova comunicação<sup>77</sup>. Consequentemente, não há uma interacção directa (ou mesmo indirecta) entre os sistemas, já que as suas comunicações baseiam-se sempre numa escolha previamente concebida por cada sistema que influenciará tanto a informação contida na comunicação como o processo de compreensão, existindo sempre um contacto construído não por um modo comumente estabelecido, mas por um número de modos igual ao número de sistemas autónomos que existirem, obrigando à existência, como Luhmann afirma, de muitos mal-entendidos, já que as compreensões terão sempre um contexto baseado na escolha de elementos anteriormente escolhidos<sup>78</sup>. Ainda que se tenha de deixar claro que só com a compreensão se findará uma determinada comunicação (que terá, no entanto, ocorrido num instante imemorable), esta comunicação só será compreendida pelo primeiro sistema aquando de nova comunicação do segundo<sup>79</sup>, podendo dizer-se como o faz Lauder, que não há, para Luhmann, início nem fim nas operações/comunicações<sup>80</sup>. Numa palavra - *“No system, no meaning”*.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Luhmann (1995), p. 88.

<sup>77</sup> Porque só no sistema que já detém “memória” se poderá falar de significado de uma determinada comunicação transmitida e percebida, assim Christodoulidis, (1998), p. 77.

<sup>78</sup> Luhmann (1995), p. 141.

<sup>79</sup> Cfr. Luhmann (1993), p. 98; Luhmann, (1995), p. 346 e Christodoulidis (1998), p. 76 que nos fala da incompletude da comunicação na ausência de uma resposta à interpelação. É igualmente interessante perceber que esse momento, a que Luhmann chama de evento (ou comunicação ou processo), só numa análise retrospectiva e macro se poderá observar a estrutura, representativa de expectativas – seguimos de perto Corsi et al. (1996), p. 63ff.,74ff.

<sup>80</sup> Lauder (1999), p. 11.

<sup>81</sup> Luhmann (2006), p. 42 diz-nos que “é improvável que alguém compreenda o que quer dizer, tendo em conta o isolamento e a individualização da sua consciência. O sentido só se pode entender em função do contexto, e para cada um o contexto é, basicamente, o que a sua memória lhe faculta”, por outras palavras, o que a redução da complexidade lhe faculta. Christodoulidis (1998), p. 82 igualmente aborda a ideia de significado para o sistema de recepção que se baseia na escolha de significados possíveis e cognoscíveis e, por tal, interpretáveis. Cfr. Esteves (2006), p. 23. Deste mesmo autor: a partir da comunicação “cada

---

subsistema social observa-se a si próprio e observa os outros subsistemas (e demais contextos, mesmo os mais distantes, do seu meio ambiente)” (p. 23).

### 3. Sistema Jurídico Nacional e Sistema Jurídico da União Europeia

A teoria dos sistemas de Luhmann foi por nós convocada, pois consideramos ser relevante analisar à sua luz como o sistema jurídico da União Europeia e o sistema jurídico nacional nas suas individualidades interagem. Podemos afirmar que os dois sistemas jurídicos (excluindo a sua prática pelos tribunais, Parlamento, administração, etc. como Luhmann o teria feito) classificam-se como dois sistemas sociais, subsistemas de um sistema jurídico (com as ressalvas já feitas ao modo como devemos analisar a relação entre sistemas e subsistemas), que se diferenciaram pela necessidade sentida de redução da complexidade, interagindo de um modo autopoietico com o seu meio ambiente<sup>82</sup>, escolhendo possibilidades, criando elementos e comunicando de um modo autónomo<sup>83</sup>. Tomar em análise a relação entre o Direito Nacional e o Direito da União Europeia sob a lupa da teoria de Luhmann parece-nos altamente proveitoso na problematização e/ou explicitação de respostas já oferecidas pelos diferentes sistemas jurídicos nacionais e da União Europeia<sup>84</sup>; já que, parafraseando Luhmann, “só o direito [nacional/da União Europeia, acrescentamos nós] pode dizer o que é o direito [nacional/da União Europeia, acrescentamos nós]”.<sup>85 86</sup>

De uma forma introdutória, mas que queremos impressiva, oferecemos o caso das Directivas. Aí, o sistema jurídico da União Europeia dirige-se aos diversos Estados-Membros obrigando-os a cumprir o dever de transposição. Indirectamente, isso fará com que os Sistemas Jurídicos Nacionais “se deixem irritar” (pelo acoplamento estrutural com a política própria), alterando os seus elementos (neste caso a resposta jurídica oferecida para um determinado caso concreto com um conteúdo que se pretende ser equivalente ao

---

<sup>82</sup> Pedindo emprestadas (adaptando-as ao contexto em análise) as palavras de Sousa Santos (2002), p. 57, o Direito Nacional/Direito da União Europeia regula-se a si próprio; o Direito Nacional é ambiente do direito da União Europeia; o Direito da União Europeia é ambiente do Direito Nacional.

<sup>83</sup> Luhmann, (1995), p. 191-192 sobre o processo de diferenciação de sistemas.

<sup>84</sup> Aderindo a esta tese de comparação entre Luhmann e os sistemas jurídicos em causa (Lauder, 1999, p. 19. Do mesmo modo, porém num contexto de pós soberania numa notável obra, (Priban, (2015), p. 43. Este autor rejeita o conceito clássico de soberania, criado por Jean Bodin, e toma-o no sentido luhmanniano como o pressuposto e limite da comunicação do sistema político e jurídico, (p. 57ff. Este mesmo autor cruza o pensamento de Luhmann neste ponto com o de Jellinek, ao citar este autor que defende que o conceito de soberania já não tem que ver com o poder interno e externo de criar livremente respostas jurídicas, mas já com o poder de limitar o poder, p. 76, por meio do Direito Constitucional. Há, portanto, uma ligação umbilical entre soberania e Constituição, passo a que aderimos e que desenvolveremos em algumas linhas.

<sup>85</sup> Luhmann (1993) p. 85.

<sup>86</sup> Dando esse realce ao sistema jurídico da União Europeia de acordo a teoria de Luhmann, MacCormick (1999), p. 131.

exposto na Directiva), não podendo o Sistema Jurídico da União Europeia alterar, inelutavelmente, a resposta que o Sistema Jurídico Nacional oferece, caso este não se deixe irritar pelo primeiro, como já bem demonstrou a jurisprudência da União Europeia.<sup>87</sup> Adianta-se já que, não obstante os devidos desenvolvimentos posteriores, a possibilidade de as Directivas poderem ter um efeito directo, caso cumpram alguns requisitos definidos por interpretação do TJUE, não afecta este primeiro pressuposto, já que consideramos que há dois sistemas jurídicos que coexistem num determinado espaço jurídico (do qual poderemos elencar, por exemplo os tribunais nacionais), sendo que é, nesses casos, ao sistema jurídico da União Europeia que é atribuível a resposta jurídica.

Por outro lado, um caso de alterações dos elementos (que nos irá acompanhar ao longo deste estudo) é a adaptação das respostas do sistema jurídico da União Europeia. Se à partida a UE exigiria uma resposta uniforme e constante em todo o seu espaço de

---

<sup>87</sup> Falamos, obviamente, do caso *Francovich*. Este tem por base a possibilidade de existência de duas normas distintas: quando as disposições de um modo inequívoco e incondicional atribuem uma posição jurídica perante o Estado, este direito poder ser exigido pelos primeiros nos tribunais, ainda que não tenha o Estado-Membro procedido à transposição devida da Directiva. Caso não se cumpra este requisito, o particular não poderá arguir o seu direito, tendo sim o direito a exigir o ressarcimento dos danos existentes pela não transposição, assim - “disposições de uma directiva se mostrem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas, estas disposições podem ser invocadas, na falta de medidas de execução tomadas dentro dos prazos, contra qualquer disposição nacional não conforme à directiva, ou ainda se as mesmas definirem direitos que os particulares possam invocar contra o Estado”(parágrafo 11 do Ac. TJUE C-6/90 e C-9/90). Nestes casos o sistema jurídico da União Europeia é aplicável. Caso semelhante se passa no caso de má transposição de directiva. Sobre o caso *Francovich*, por todos, Guerra Martins (2012), p. 535-536, que aborda a responsabilidade do Estado, caso este não tenha transposto a Directiva, responsabilidade não do sistema jurídico nacional, mas de uma falha do sistema político-legislativo que fica adstrito à obrigação advinda da União Europeia, Gomes Canotilho (2006), p. 225. Sobre isto é conhecido juízo de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional Alemão à norma de transposição do MDE, por não cumprir o nível de protecção exigido pela Constituição Alemã. Este Tribunal considerou, no entanto, que teria havido uma transposição lassa nesse ponto em específico (inexistência da possibilidade de recorrer da decisão de entrega por parte das autoridades alemãs), já que a norma europeia garantia essa mesma posição jurídica ao visado. Assim sendo, mantendo a possibilidade de a norma da UE poder ser transposta, isso não implicou que não tivesse de existir nova norma nacional que pudesse completar o vazio legal. Sobre o caso, por exemplo, Weyembergh (2013), p. 16 e Górski e Hofmanski (2008), p. 29. Em moldes reveladores, o Tribunal Constitucional Francês interpretou a norma constitucional - « *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne* » artigo 88.º2, como, uma regra de reconhecimento com o levantamento de todas as barreiras constitucionais à aplicação das normas da União Europeia relativas ao MDE, assim como de textos normativos nacionais que implementem as primeiras – assim «*que, par ces dispositions particulières, le constituant a entendu lever les obstacles constitutionnels s'opposant à l'adoption des dispositions législatives découlant nécessairement des actes pris par les institutions de l'Union européenne relatifs au mandat d'arrêt européen ; qu'en conséquence, il appartient au Conseil constitutionnel saisi de dispositions législatives relatives au mandat d'arrêt européen de contrôler la conformité à la Constitution de celles de ces dispositions législatives qui procèdent de l'exercice, par le législateur, de la marge d'appréciation que prévoit l'article 34 du Traité sur l'Union européenne, dans sa rédaction alors applicable*» Décision n.º 2013-314 QPC de 14 de Junho de 2013. Sobre esta análise, Millet e Perlo (2015), p. 1474-1476, falando em imunidade constitucional. Acerca da possibilidade de o Tribunal Constitucional Espanhol controlar a constitucionalidade de uma lei espanhola de transposição de directiva, Serrano (2015), p. 1513.



actuação, esta é sendo medianizadas por necessidades nacionais de preservação das suas identidades constitucionais. Ora, esta diferença na resposta por parte do sistema da União Europeia não fazia parte dos seus elementos na sua génese, surgindo do facto de a União Europeia, no seu sistema jurídico, se ter deixado irritar, alterando as suas possibilidades de resposta, permitindo que pudessem definir-se derrogações a uma definição jurídica que se pretendia uniforme e constante em todo o seu âmbito de aplicação, como serão os casos estudados que permitiram derrogações e limitações em Liberdades Fundamentais instituídas.<sup>88</sup>

Como afirma Marcelo Neves impressivamente, “a incorporação da diferença “sistema/meio ambiente” no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como “momento operativo da autopoiese”) possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o meio ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao meio ambiente”.<sup>89</sup>

Da mesma forma, este método de análise da dinâmica entre os sistemas nacionais e da União Europeia permitirá perceber como estes se tornaram coexistentes pela cedência de competências de definição jurídica<sup>90</sup> por parte dos sistemas jurídicos nacionais a um sistema jurídico da UE em si autónomo, com próprias normas conferentes de validade e de vigência, e que, por isso, se reproduz e recria as suas normas por mecanismos próprios e independentes dos Estados-Membros.

Estes sistemas jurídicos terão como aplicadores entes tanto da União Europeia como nacionais<sup>91</sup>. Isto faz com que possa existir uma situação onde um tribunal nacional se depare com duas normas (passíveis em abstracto de se aplicar ao mesmo caso) de sistemas

---

<sup>88</sup> Claro que o sentido da irritação é biunívoco, veja-se o conhecido caso Tanja Kreil onde após o TJUE ter feito o pedido nesse sentido, a Alemanha alterou a sua Constituição coadunando-se com o sistema jurídico da União Europeia - resumidamente sobre este caso Cartabia, (2009), p. 8-9. Outro exemplo é a decisão do Tribunal Constitucional Polaco de adiar os efeitos da sua decisão de inconstitucionalidade da norma de transposição do MDE, por 18 meses, tendo em vista a alteração constitucional necessária para se dar a concordância com o regime do MDE. Sobre isto e por todos, Lazowski, (2009), p. 430-431.

<sup>89</sup> Marcelo Neves (1994), p. 114. A este momento dá-se o nome de reflexão, do mesmo autor (p. 116. Este autor estabelece três graus de autorreferência: autorreferência de base, autorreferência processual e a reflexão. Christodoulidis (1998), p. 93 afirma, correctamente do nosso ponto de vista, que é na existência de códigos (que permitem a autonomia) e de programas (contingentes) que se consegue um sistema “*cognitively open but operationally or normatively closed*.”

<sup>90</sup> Sobre este conceito, por todos Duarte (1997), p. 27 – fazemos apenas menção à cedência de competências por razões de economia de texto, já que em muitos dos casos poderemos estar a falar de atribuições – “fins ou interesses públicos que constituem as finalidades a realizar pelos entes públicos”. Realçando a relação entre atribuições e competências nas Organizações Internacionais Goucha Soares (1996), p. 126.

<sup>91</sup> “Isto faz com que nem o papel, nem tinta, nem pessoas ou organismos (...) sejam parte do Sistema Jurídico”, Luhmann (1993), p. 73-74.

jurídicos diferentes com programas normativos entre si contraditórios, não permitindo a sua aplicação concomitante.<sup>92</sup> Casos paradigmáticos são os tribunais de uma determinada jurisdição nacional de um Estado Membro que, fazendo parte da organização judiciária de um Estado e tendo a obrigação de respeito à lei nacional, que integram simultaneamente a organização judiciária da UE, estando obrigados a aplicar o Direito da União Europeia.

Não nos parece que esta ambivalência de aplicação seja factor incapacitante da autonomia dos dois sistemas jurídicos (um face ao outro) já que será possível diferenciar o sistema jurídico na sua aplicação prática e o ente que o aplica.<sup>93</sup> Esta noção, já aflorada, é essencial para o nosso ponto de vista, porque nos permitirá perceber que as diferentes respostas oferecidas por um sistema dizem respeito ao sistema jurídico invocado, independentemente se esse aplicador é nacional ou da União Europeia.

Kaarlo Tuori e Miguel Galvão Teles avançaram com a ideia de separação entre “ordem jurídica” e “prática jurídica”<sup>94</sup>, que consideramos uma ideia feliz, pois permite-nos defender que o sistema jurídico nacional e o da União Europeia coexistem num dualismo que poder-se-á considerar clássico<sup>95</sup>. Miguel Galvão Teles faz uso de uma terminologia que se aproxima mais da nossa do que a utilizada por Tuori que utiliza o conceito de ordem jurídica ao que nós intitulamos de sistema jurídico, por mor de Luhmann. Há, pois, dois sistemas jurídicos autónomos que partilham em muitos casos a “prática jurídica” que os interpreta e aplica.<sup>96</sup>

Por serem sistemas jurídicos de fontes distintas, poder-se-iam classificar na sua relação entre si como monistas ou dualistas (actualmente considera-se a existência de um *tertium genus*, o pluralismo, considerado como o “novo dualismo”<sup>97</sup>). Não sendo um fenómeno que tenha nascido com o Direito (à altura) Comunitário, foi este que abalou mais fortemente a doutrina monista, que tinha como principal cultor Hans Kelsen que, por

---

<sup>92</sup> Caeiro (2014 p. 245 apresenta a mesma perspectiva.

<sup>93</sup> Claro que no caso do Direito Nacional só os Tribunais Nacionais o aplicam, a menos que haja uma qualquer convenção que lhe atribuía competência numa outra comunidade político-jurídica.

<sup>94</sup> Tuori (2013), p. 18.

<sup>95</sup> Para um enquadramento histórico do dualismo que nasce no âmbito das relações internacionais entre países que se deveria conformar à possibilidade de coexistência de estruturas eminentemente soberanas, Fassbender, (2003), p. 116-120 e, portanto, tem origem no “voluntarismo pluriestadual” - Gonçalves Pereira e Quadros, (2013), p. 86-88.

<sup>96</sup> Galvão Teles (2006), p. 328-329 considerando também aqui que o Direito da União Europeia é um sistema autónomo.

<sup>97</sup> Também por razão de se considerar que a clássica “querela” entre monismo e dualismo teria perdido razão de ser enquanto diferença de explicação de práticas, sobre isto Gonçalves Pereira e Quadros, (2013), p. 86-88. É interessante que Kelsen considerava que as relações podiam ou ser dualistas ou pluralistas, caso se estivesse a analisar apenas uma dupla de ordens jurídicas ou uma variedade, Kelsen, (1984), p. 437.

argumentos vários (e enunciados ao longo do tempo)<sup>98</sup>, defendia a coerência global do sistema jurídico, afirmando ser um contrassenso lógico a existência de diferentes normas atributivas de validade não hierarquizadas entre si.

Em termos meramente positivos<sup>99</sup>, assiste-se a um “pluralismo legal” – “*the idea that more than one legal system operate in a single political unit*”<sup>100</sup> e ao observar os dois sistemas jurídicos como autónomos, autopoieticos e na impossibilidade de alterarem um ao outro, só poderíamos considerar que evidenciam uma relação dualista, já que não encontramos nenhuma fonte jurídica num sistema que possa atribuir a validade ao outro.

Um forte argumento podia-nos fazer considerar que estaríamos perante um monismo, onde o sistema nacional teria preponderância e seria critério de validade do direito da União Europeia. Isto porque, se analisarmos o nascimento deste sistema jurídico da UE, há uma clara ligação a uma mão estatal. Em primeiro lugar, porque os Estados-Membros foram os criadores do Direito Primário da UE (e detém, de um modo exclusivo, a competência na suas mais relevantes alterações). Em segundo lugar porque é necessário para o seu desenvolvimento e efectividade que os Estados tenham permitido e continuem a permitir que o Direito da União Europeia se aplique nas suas comunidades político-jurídicas. E por tal, poder-se-ia sempre dizer que, no final de contas, este direito da União Europeia depende essencialmente de uma decisão permissiva por parte dos Estados, tanto na sua criação como na sua aplicação.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Sobre isto Machado (2006), p. 139-140.

<sup>99</sup> Não se confunda com o pluralismo como o conjunto de doutrinas de resolução de conflitos entre diferentes sistemas jurídicos.

<sup>100</sup> Cfr. Priban (2015), p. 94-96. Faz-se, desde já, a ressalva, que defendemos que, pelo menos no caso do Direito da União Europeia, é na própria decisão de coexistência que se estabelecem as formas de coordenação entre estes dois sistemas jurídicos na aplicação de normas numa determinada comunidade político-jurídica. Numa palavra, há uma unidade lógica e jurídica entre a permissão e o modo de estabelecimento da relação entre estes sistemas jurídicos, mais desenvolvimentos *infra*. Claro está que, pelo nosso modo de ver as coisas, concordamos que deixa, nestas situações, de existir uma relação hierarquizada entre fontes, passando a existir uma relação horizontal, por todos Priban, (2015), p. 193.

<sup>101</sup> Raciocínio “em espelho”, mas com resultados diversos fez Hans Kelsen para afirmar que haveria um monismo internacionalista que explicaria a validade do direito nacional, num claro contexto de que as duas normas contraditórias poderiam ser válidas num único sistema. Isto é possível porque há uma atribuição da “esfera de validade espacial da ordem jurídica estadual” pelo DIP e que por isso “a ordem jurídica do Estado singular apenas deve estatuir os seus actos de coerção específicos para o espaço de validade que jurídico-internacionalmente lhe é reservado” Kelsen, (1984), p. 449-450. Acrescenta este autor que “torna-se juridicamente possível a coexistência no espaço de uma pluralidade de Estados” e que “os Estados singulares conservam, é verdade, mesmo sob o Direito Internacional, a sua competência fundamental para normar tudo”, Kelsen, (1984), p. 450. Isto poder-nos-ia fazer concluir que há entre o sistema jurídico da União Europeia e o nacional um monismo estatal. Mas mais uma vez, sugere-se a distinção, para nós fundamental, entre eficácia num determinado espaço e validade. não havendo situação onde a norma da União Europeia possa ser validada por outra norma de um sistema nacional, esta tese não pode vencer, havendo apenas uma regra nacional de deferência à aplicação.

Não obstante isto ser verdade, consideramos que essa permissão estatal é distante ou, mesmo nalguns casos, irrelevante para a autonomia do sistema jurídico jurídica da União Europeia<sup>102</sup>. Distante porque, na autorização de aplicação, como acontece no artigo 8.º4 da Constituição da República Portuguesa, há uma cedência de partilha de um espaço jurídico de aplicação a um novo sistema jurídico (no sentido dos diversos campos onde a aplicação do Direito da União poder-se-á espalhar<sup>103</sup>) de um modo retrospectivo (toma como competências da UE aquelas que o sistema jurídico da UE considerar ter), e com limites igualmente extremos a essa mesma partilha (ainda que úteis e de aplicabilidade prática, como veremos) como são, de um modo, “impressivo”, os referentes da identidade constitucional de uma comunidade político-jurídico. Por outro lado, a reformulação do sistema jurídico da União Europeia, realizada pelos Estados-membros (tanto a nível do Direito Primário como do Direito Secundário) não afecta a independência e autonomia do sistema jurídico da UE, alterando-se apenas os elementos que atribuem validade à reprodução dos mesmos, assim como os elementos do direito derivado.

A decisão de deixar de se permitir que o Direito da União Europeia se faça aplicar numa determinada comunidade político-jurídica (através da saída da União Europeia por parte de um Estado-Membro, por exemplo) não afecta a vigência, validade e autonomia do Direito da União Europeia. Claro que, num caso extremo, inexistindo uma qualquer permissão de aplicação, poderemos considerar que este Direito, não perdendo, em abstracto, a sua validade, perde toda a possibilidade de vigência, levando, ao fim ao cabo, à perda do sentido daquele Direito enquanto “Dever Ser que É”.

Isto é ainda verdade se considerarmos, como o faz Alexander Somek (claro defensor do monismo nacional), que há uma clara assimetria entre os dois sistemas políticos. Claro que não olvidamos que à autonomia dos sistemas jurídicos não corresponde uma igual autonomia política – são os Estados (enquanto estruturas de poder e de representação nacionais) que criaram as Comunidades/UE, são os Estados que alteram as normas cimeiras deste sistema jurídico e são eles que também participam no processo legislativo do Direito da União e, portanto, afirmar-se que há uma autonomia política da UE peca por excessivo. Por outro lado, o sistema jurídico da União Europeia necessita da

---

<sup>102</sup> O mesmo se pode dizer de uma análise mais politizada da União Europeia, ao afirmar que os interesses e objectivos que os Estados detenham e que os consigam enquadrar nos objectivos políticos comuns, deixam de ser próprios, ainda que tenham sido carregados “diplomaticamente” por eles, neste sentido, Priban (2015), p. 168.

<sup>103</sup> Usando a expressão feliz de fronteiras funcionais, não já territoriais, Canotilho (2008), p. 43.

deferência/autorização/cedência por parte dos Estados, por ainda não ter constituído em si uma comunidade política que lhe ofereça o substrato constitucional. No entanto, e relembrando a diferença entre o conceito de sistema jurídico e os seus aplicadores jurídicos, a mesma diferença também existe entre o sistema jurídico e o poder legislativo (*lato sensu*), não se podendo daí concluir que essa assimetria política obrigue à existência de uma assimetria entre os sistemas jurídicos em causa, como faz Somek, avançando que o sistema jurídico da União Europeia nunca poderá dizer que “dele derivam os sistemas nacionais”<sup>104</sup> (sendo a afirmação contrária verdadeira) – num claro exagero, já que do sistema jurídico nacional deriva apenas a possibilidade de o DUE se tornar eficaz.

Analisa-se, portanto, dois sistemas jurídicos autónomos e independentes, cada um estruturalmente acoplado a um sistema de criação de fontes jurídicas, que atribuirão um conteúdo normativo que Luhmann denomina de programa. Esse programa pode ser emitido tanto pelo legislador (que poderá ser o Parlamento ou Governo) mas igualmente pela jurisprudência, como o próprio Luhmann admite. Claro que nalguns casos há uma tendencial confusão entre quem cria estes mesmos programas nos dois sistemas jurídicos, como acontece no caso português, quando o Governo assume competências legislativas em Portugal e no Conselho na União Europeia, mas tal facto não afecta a estanquidade dos sistemas jurídicos *vis-à-vis*.

Assim, por ser um sistema jurídico autónomo idealizado e criado pelos Estados-Membros foi, pois, necessário criar normas de reconhecimento que permitissem que os sistemas jurídicos das várias comunidades políticas pudessem partilhar o seu âmbito de aplicação com o “novo direito” da UE, cumprindo-se a coexistência entre sistemas jurídicos num espaço de aplicação. Em vez de considerarmos (como acontece na relação entre o Direito Nacional e o Direito Internacional) que o DUE faz do sistema jurídico nacional, tomamos este dualismo por razão da decisão de partilha de um espaço jurídico.

---

<sup>104</sup> Somek (2010), p. 26.

### 3.1 Breve Análise do Regime Português

Usando o regime português, percebem-se as diferenças de como a comunidade político-jurídica se relaciona com o Direito Internacional e com o Direito da União Europeia. Lendo o artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), percebe-se que, na relação com o Direito Internacional há um tendencial monismo, tanto no caso de Direito Internacional geral, costumeiro ou convencional. Esta é a opinião unânime da doutrina portuguesa, com quem tendemos a concordar, considerando que também o argumento literal neste ponto caminha nesse mesmo sentido. Veja-se: o 8.º1 CRP é claro em afirmar que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”, cumprindo o brocardo “*international law is part of the law of the land*”.<sup>105</sup> Nos números 2 a 4 deste artigo 8.º da CRP, as diferenças esbatem-se, mas ainda assim, consideramos destrinçar diferenças entre os números 2-3 e o 4.<sup>106</sup> Quando a Constituição utiliza os termos “As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial” e de “as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna” (artigos 8.º2 e 3 da CRP) estamos perante um caso de “recepção automática” nesta ordem interna, mantendo-se a sua origem internacional<sup>107</sup>; o n.º4 do artigo 8 da CRP refere serem as normas da União Europeia “aplicáveis na ordem interna”.

Se o Legislador constitucional no artigo 8.º usa o mesmo termo de “ordem interna”, dever-se-á presumir que tinha uma intenção fundada de o usar num sentido coerente entre os três números que o empregam. E, portanto, poucas ou nenhuma diferença existiriam na análise de como a comunidade político-jurídica portuguesa pretende relacionar-se com o direito internacional e com o DUE. Assim, e tomada a unanimidade da doutrina ao afirmar que o sistema jurídico português segue uma tendência monista relativamente ao DIP, logicamente faria sentido que o mesmo se passasse com o Direito da União Europeia,

---

<sup>105</sup> Citado por Canotilho (2002), p. 815.

<sup>106</sup> Número 4 deste artigo que é considerado por Canotilho, e Moreira (2014), p. 264 uma das alterações constitucionais mais determinantes (neste caso uma adição) ao texto inicial de 1976.

<sup>107</sup> Ainda que condicionada. Assim Canotilho e Moreira (2014), p. 255, “vigoram como tais – isto é, enquanto normas de DIP (Direito Internacional Público) – na ordem interna, nos mesmos termos e com a mesma relevância das normas criadas internamente”. Neste sentido, ainda que num outro âmbito, Miranda (2013), p. 49.

já que, se o Direito Internacional vigora na ordem interna, fazendo parte do sistema jurídico nacional, o mesmo deveria acontecer com o Direito da União Europeia.

No entanto, encontramos algumas pistas que nos farão tender a que não tomemos esse raciocínio como certo e que defendamos uma conclusão oposta ou, pelo menos, não coincidente.<sup>108</sup> Primeiramente, consideramos que a utilização do verbo “aplicar” é significativo de uma diferença que se quis estabelecer entre estes ordenamentos jurídicos. “Aplicar” significa, pois, algo que é diferente de “fazer parte” -sentido possível de “estar em vigor” na ordem interna [portuguesa]. “Aplicar” parece, pois, levar a crer que as normas em causa não se situam no mesmo plano (*rectius*, sistema) e que, por tal norma permissiva do 8.º4, se permite a eficácia na comunidade político-jurídica. Por outro lado, em 2004 sentiu-se a necessidade de pormenorizar a resposta da Constituição à realidade da União Europeia com o artigo 8.º4, face ao artigo 8.º3 que tinha servido inicialmente o mesmo propósito, mas que serve agora, por exemplo, para o reconhecimento jurídico de Resoluções das Nações Unidas<sup>109</sup>. Este facto é demonstrativo de dois pontos: que o Legislador Constitucional se quis afastar da definição da União Europeia (UE) como Organização Internacional (ponto que é consensual na doutrina) e que, ao mesmo tempo, quis precisar o modo como o seu sistema jurídico se deveria relacionar com as normas da União Europeia. Consideramos, pois, que estas normas da União Europeia se situam para lá da ideia de “convenção internacional” disposta nas concretas normas da Constituição e da LTC<sup>110</sup>, tanto no caso de critério para desaplicação de norma interna, como no controlo

---

<sup>108</sup> Além da possibilidade de se usar o mesmo termo para significar conceitos diversos, ver *infra*.

<sup>109</sup> Machado (2006), p. 166.

<sup>110</sup> Ainda que seja a discussão de diferenciação entre convenção internacional e “ordem própria da UE” intrincada e de extrema complexidade, e onde só poderemos remeter para algumas ideias, por exemplo McCormick (1999), p. 118 que considera já se ter passado para uma situação diferente da de um tratado internacional, fazendo analogia com casos semelhantes na história; Constantinesco (2013), p. 159-160 relaciona conceitos importantes como Organizações Internacionais de cooperação e de integração, de confederação e federação; sobre os mesmos temas Guerra Martins (2004), p. 782 nota 58; Pitta e Cunha (2005), p. 45; sendo também famosas as definições a que o Tribunal Constitucional Alemão dá à União Europeia enquanto associação de Estados - sobre isto o artigo do Presidente deste Tribunal, Voßkuhle (2010), p. 183. Ao contrário da norma portuguesa a partir de (2004) e da norma alemã (23.º) as Constituições Italiana e a Espanhola não diferenciam Organizações Internacionais da União Europeia na permissão constitucional de aplicação das normas, em causa ainda que se possa, por interpretação, diferenciar diferentes regimes de contacto, assim Schwarze (2001), p. 489. Independentemente de ainda se poder considerar os Tratados da União Europeia convenções, a que estaria associada a primazia com base no princípio do *pacta sunt servanda*, resta-nos, por manifesta falta de espaço, diferenciar as convenções internacionais desta “nova ordem” como o fez Weiler quando afirma que isso decorre da transferência massiva de competências e pelo sem precedente apoderamento pelas Instituições Europeias (...) e pelo conseqüente défice democrático em aspectos centrais da vida pública europeia”, Weiler (1995), p. 220. Por essa razão, mais as elencadas no corpo do texto, consideramos que não fará sentido enquadrar os Tratados no conceito de convenções disposto na CRP e na LTC.

constitucional. Esta parece a melhor interpretação e a mais conforme à vontade constitucional de autonomizar, de forma clara, o Direito emergente das organizações internacionais de que Portugal faz parte e o sistema jurídico da União Europeia.<sup>111112</sup>

Para o caso (não meramente teórico) de se considerar que a aplicação na comunidade político-jurídica de uma norma europeia é passível de violar a regra de reconhecimento do 8.º4 CRP, consideramos que, procedimentalmente, se trata de um caso omissivo que deverá ser integrado com uma norma consentânea com as exigências do caso, tendo de existir um reenvio prejudicial para o TJUE, tendo como possível remetente o tribunal secundado pelo Tribunal Constitucional. Posteriormente, que deverá ocorrer uma resposta deste último tribunal acerca da aceitação ou não da aplicabilidade da norma da UE. No caso de não aceitar, isto não acontece por ser intrinsecamente violadora de uma qualquer regra ou princípio constitucional, mas por não ser possível enquadrar o seu conteúdo na regra de reconhecimento/deferência inscrita no artigo 8.º4 CRP, e, portanto, não passível de ser aplicada pelos “operadores jurídicos” da comunidade político-jurídica<sup>113</sup>, pois é ainda ao Sistema Jurídico interno que os tribunais nacionais devem lealdade primária.<sup>114</sup> Neste ponto é central a posição de Miguel Galvão Teles, demonstrando que o termo “aplicar numa ordem” significaria uma referência aos tribunais, criando-se uma relação de fidelidade (que se dá pela aplicação<sup>115</sup>) do “novo” direito com os órgãos jurisdicionais de uma comunidade.

Concluindo este tópico, e tomando em consideração a doutrina de Tuori, quando a Constituição utiliza o conceito de “vigorar” está a estabelecer a recepção das normas internacionais no sistema jurídico interno e quando nos diz que certas normas são

---

<sup>111</sup> Como não podia deixar de ser, esta é a interpretação do TJUE, por exemplo, Ac. TJUE 90/63, 91/63, pela criação de uma estrutura, ultrapassando o mero acordo entre países

<sup>112</sup> É um ponto que não poderemos desenvolver

<sup>113</sup> Caeiro (2014), p. 251-252 apresenta a mesma ideia, utilizando o conceito de acreditação ou de recusa de acreditação do direito da União Europeia.

<sup>114</sup> Este raciocínio permite compreender duas decisões que poderiam ser consideradas contraditórias: “em 1967 o Tribunal Constitucional alegou que as normas da Comunidade Europeia seriam autónomas e independentes, não tendo por isso de ser ratificadas, nem podendo ser anuladas pelo sistema jurídico nacional; (...) em 1974 considerou que todas as decisões emanadas de autoridades administrativas e judiciais da República Federal Alemã eram exercício de um poder estatal”, Alter (2001), p. 90 dando notícia de vozes contrárias a este modo de distinção. Fazendo ainda sentido falar de dupla lealdade (referindo-se a este termo Martinico (2012), p. 872, mas sobre pressupostos ainda que diferentes (por exemplo do dever de lealdade ao carácter supremo do sistema jurídico interno e dever de lealdade baseado na primazia do DUE, como argumentado pelo Tribunal Constitucional Espanhol na Declaração 1/2004).

<sup>115</sup> Galvão Teles (2006), p. 328.



aplicáveis está a permitir que sejam aquelas normas eficazes, pela utilização das mesmas na “prática jurídica”.<sup>116</sup>

O dualismo de sistemas (e por isso a existência de dois sistemas, ainda que seja necessário destringir se existe alguma relação de superioridade entre um e outro, aclarando a nossa posição negativa quanto a esta pergunta) parece-nos estar presente no defendido por uma corrente doutrinária maioritária, mas também por alguns Tribunais Constitucionais de Estados-Membros e pelo TJUE. Começando pelo TJUE, desde cedo foram problematizadas estas ideias, em emblemáticos acórdãos do TJUE tais como o Costa v. ENEL, mas principalmente com o Acórdão Van Gend & Loos, com a afirmação de que “a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional” com referenciais de validade próprios. Por outro lado, no acórdão Simmenthal o Tribunal demonstrou que há uma pluralidade de sistemas (ainda que possivelmente defendendo uma

---

<sup>116</sup> A soma da ordem jurídica com a prática jurídica para Tuori é um sistema jurídico, Tuori (2013), p. 18. Como já fomos demonstrando, utilizamos terminologia diversa, já que assumimos que sistema jurídico é o que para Tuori é a ordem jurídica, por razão de ser essa a terminologia adoptada por Luhmann Considerando que existe esta diferença entre ordem jurídica e prática jurídica (considerando-a essencial para a nossa proposta), ter-se-á muitas vezes de reinterpretar e destringir conceitos que, utilizados em diferentes fóruns, os tomam com alguma largueza e com pouca distinção entre si. Veja-se o caso do conhecido Acórdão Costa. C. ENEL (Proc. 6/64) que considerou que “Diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais”. Esta mesma passagem em duas “línguas francas” : « *attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions* » e « *By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States* » demonstra esta mesma largueza no uso dos conceitos. Pela existência da primeira oração, pode-se concluir que o Tribunal (nas versões consultadas em português, espanhol e francês) quis fazer a diferenciação do seu Tratado para com as normas internacionais e isso significa que não queria fazer demonstrar que as normas da CEE se tornariam parte do sistema, como o são as normas de direito internacional, por mecanismos de recepção, pois isso significaria ter um regime igual ao do Direito Internacional Público. Neste âmbito um outro acórdão central Simmenthal já não fala mais de ordem jurídica dos Estados-membros, mas de “ordem jurídica aplicável”, demonstrando que o Tribunal não seguia uma nomenclatura extremamente rigorosa. Se neste segundo Acórdão se fala em primazia e em desaplicação, como se dirá mais à frente, faz pouco sentido que se fale de uma única ordem jurídica que, tendo uma norma inferior subjugada à primazia de uma norma superior, não pudesse haver um controlo da legalidade pela norma superior, fazendo com que houvesse a possibilidade de a expulsar de um ordenamento jurídico uno. Claro que é possível de argumentar que o Tribunal possa estar a querer fazer o paralelismo com um sistema dualista de exigência de transformação do direito internacional em direito interno para que o primeiro se torne válido, posição a que não aderimos pela falta (já há altura deste acórdão) de apoiantes deste modelo de proposta dualista, neste ponto Machado (2006 p. 170 ao afirmar que há uma “tendência geral no sentido de ver as constituições nacionais apenas como constituições parciais, num contexto normativo jus-internacional mais alargado. Defendemos, assim, que é uma interpretação possível do aresto de Costa c. ENEL (e do Simmenthal neste ponto) e em algo semelhante à proposta terminológica de Tuori onde é possível que num sistema jurídico haja a existência de diferentes ordens jurídicas próprias (*own*), com obrigatoriedade de a prática jurídica os seguir, de acordo as regras de coordenação – Tuori fala de critérios de adesão a essa ordem - definidas (“que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais” nesse Acórdão Costa c. ENEL).

teoria monista por considerar que as normas da DUE fazem parte do ordenamento jurídico nacional)<sup>117</sup> que se relacionam por normas de reconhecimento ao declarar que “o juiz

---

<sup>117</sup> Não tendo o tribunal classificado a sua posição doutrinal quanto à escolha entre monismo e dualismo, a nossa posição não é incontestável, havendo autores que consideram este acórdão defensor dos pressupostos do monismo. É um ponto interessante. Por exemplo, considerou-se que o Tribunal Constitucional Italiano adoptou, como se irá ver já de seguida, um pressuposto dualista (posição doutrinal que terá a nossa concordância); por outro lado considerou-se que o Tribunal de Justiça teria um *background* monista quando teria emitido o Acórdão Simmenthal. Ainda assim (e no caso de existirem diferenças nas posições doutrinárias destes Tribunais), consideraram a mesma resposta (desaplicação do direito nacional contrário às normas da União Europeia) como a mais acertada. Esta desaplicação das normas internas contrárias é a solução lógica para a coordenação de sistemas com referentes autónomos, já que, não se enquadrando no mesmo sistema jurídico, o problema situa-se na efectividade da aplicação de uma determinada norma a que se deu preferência. Isto parece muito mais próximo de uma proposta dualista por cada sistema ter os seus próprios elementos e critérios de validade, coexistindo paralelamente com a regra de primazia. Gonçalves Pereira e Quadros (2013), p. 143) consideram, por outro lado, que se trata de um monismo moderado, por a União Europeia ainda não se poder ser considerada uma Federação. Porém, se de facto existisse um referente de validade que se situa no Direito da União Europeia, não se veria outra hipótese que não que as normas nacionais contrárias se considerassem nulas por violação de normas hierarquicamente superiores. Aliás, estes autores consideram que se trata de direito supraconstitucional e, como tal, outra resposta prática deveria ser garantida para a uniformização e coerência interna de um sistema unitário. No acórdão Simmenthal fala-se de normas incompatíveis entre si e, do mesmo modo, oferece-se a sanção da inaplicabilidade da norma interna. O Tribunal precisa que estas normas se tornam incompatíveis pois há um compromisso dos Estados de garantir a efectividade e eficácia das normas da União Europeia. E, portanto, a incompatibilidade não é, aqui, na razão de validade entre as duas – de uma não permitir a existência *per se* da outra-, mas de cumprimento de um programa-objectivo da norma da União Europeia que poder-se-ia tornar ineficaz, caso se desse a aplicação da norma nacional caso esta fosse incompatível com a primeira. No entanto, é inofensivo a existência da seguinte frase no acórdão Simmenthal: “e dado que tais disposições e actos integram, com posição de precedência, a ordem jurídica aplicável no território de cada um dos Estados-membros — impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais, na medida em que seriam incompatíveis com normas do direito comunitário” (parágrafo 17). Este é o principal argumento para se defender uma tese monista – porque diz o Tribunal que faz parte da “ordem jurídica aplicável” e ao mesmo tempo “impede a formação válida de novos actos legislativos nacionais”. Quanto à primeira ideia, o já dito na análise do Costa c. ENEL que fazemos em conjunto com o acórdão Simmenthal; quanto à segunda, consideramos tratar-se de uma imposição de preempção, sendo as traduções inglesas mais clara sobre o que significa em português “impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais” – “*also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions*”, demonstrando ser uma linguagem que nos remete para a preempção de poder legislativo do Estado-membro e não de validade entre normas. Esta é a nossa interpretação, tanto deste acórdão como do Costa c. ENEL. Do mesmo modo Schütze (2006), p. 1028-1032 realçando também o conceito de “precedência” utilizado pelo TJUE. Claro que considerar-se que é no referente próprio que se encontrará o juízo de validade ou invalidade do regime poderia desembocar no que Pavlos Eleftheriadis considera ser um duplo monismo onde, dependente do ponto de vista, o Direito da UE ou o Direito Nacional estariam em posição inferior relativamente ao outro, Eleftheriadis (2009), p. 373-379, existindo dois monismos em simultâneo. Neste caso haveria, claramente, como afirma o autor (p. 384, duas relações hierárquicas. No dualismo, que consideramos existir entre os sistemas jurídicos da União Europeia e dos Estados-Membros não há de facto uma relação hierárquica entre os dois, já que há uma partilha (por cedência dos Estados-Membros de competências), continuando a existir apenas um referente de validade para cada sistema. Esta posição é partilhada por Eleftheriadis (2009), p. 369 e 384, que realça mesmo as diferentes esferas de competência com um inerente respeito pelo “espaço” do outro sistema jurídico. Ora, este respeito que Weiler intitula de tolerância, não é mais do que o princípio da primazia de aplicação. Citamos Weiler (2003), p. 21 pela expressividade das suas palavras: “Diz-se aos Franceses, os Italianos ou aos Alemães: “em nome dos povos da Europa, ficas convidado a obedecer. A obediência constitucional é obrigatória. Quanto esta aceitação e subordinação são voluntárias, e, portanto, constituem um puro acto de Liberdade e de emancipação da arrogância colectiva e do fetichismo constitucional, chegamos a uma expressão da Tolerância Constitucional”. Eleftheriadis (2009), p. 388 considera esta resposta dualista. Neil Walker, por outro lado, considera que Weiler defende um

nacional responsável, no âmbito das suas competências, pela aplicação de disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional”. Neste excerto, demonstram-se duas coisas, a saber: que o Tribunal exige que os tribunais cumpram a norma de reconhecimento que estabelece a primazia do Direito da União Europeia e, de igual modo, que não estará na esfera de possibilidades do sistema jurídico da União Europeia invalidar qualquer norma emanada por órgão legislativo nacional. Esta jurisprudência tão clássica como basilar foi recentemente validada por um Acórdão que demonstra claramente o que se pretendia com o acórdão Simmenthal, oferecendo claros argumentos para que se faça uma leitura retrospectiva tanto do acórdão Simmenthal, como de outros considerados como defensores do monismo. No Acórdão Krzysztof Filipiak, o TJUE é contundente em afirmar que não há qualquer relação de validade, mas apenas de preferência na aplicação de normas – “Segundo jurisprudência assente, o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua

---

pluralismo normativo (diferente do pluralismo epistemológico defendido pela corrente pluralista), pluralismo este de Weiler que aceita que, em casos extremos, a última palavra resida nos Estados, ainda que seja muito importante encontrar esses pontos de contacto e de harmonia, Walker (2001), p. 569-570; neste ponto Maduro (2006), p. 50-51 concorda com a ideia de a última palavra pertencer aos Tribunais Constitucionais nacionais, mas seriam sempre em casos de ruptura tão graves que poderiam exigir “a denúncia” dos Tratados por parte do Estado-Membro em questão. Considerando a resposta do Tribunal Constitucional Italiano dualista e do Tribunal de Justiça monista, Repetto (2015), p. 1451. Defendendo que apenas se trata de uma relação de aplicação preferente e nunca de validade Canotilho (2002), p. 821-822 – “tratar-se-á sempre de aplicação preferente, mas não de preeminência quanto à validade.” Do mesmo modo Machado (2006), p. 169, ao afirmar que as Constituições mantêm o seu sentido útil, perante o Direito da União Europeia, havendo somente uma transferência de soberania, ponto que tendemos a discordar, como afirmaremos mais à frente. Independentemente de ser uma transferência de soberania ou uma cedência de competências (ponto que aderimos), a ideia de separação de sistemas não é incompatível com a inconstitucionalidade de normas internas. Isto poderá acontecer não por haver uma hierarquização das normas onde a norma europeia é critério de validade, mas porque essa norma está a intrometer-se, com o seu programa normativo, num espaço de soberania/de cedência de competência que foi atribuído a um sistema jurídico separado, por decisão de uma Comunidade Política através da sua Constituição, sendo que tal norma estará em sentido contrário e, portanto, inconstitucional à norma que atribui esse espaço de conformação jurídica à União Europeia. Portanto nada se obsta, no âmbito do dualismo, que o Tribunal Constitucional considere que certa norma é inconstitucional por violar a transferência de soberania/competência à União Europeia, como acontece com a utilização do artigo 117.º da Constituição Italiana (“*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonchè dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”) – “O poder legislativo estatal e regional é exercitado com respeito pela Constituição, assim como pelas restrições derivadas do direito comunitário e das obrigações internacionais” ). Vem decidindo o Tribunal Constitucional Italiano deste modo, ver Galvão Teles (2006), p. 297-299 e Repetto (2015), p. 1455; Cartabia (2015), p. 1791 defende que esta opção dos Tribunais que invalidam as normas internas por inconstitucionalidade favorece a efectividade do DUE, indo ao encontro do decidido no acórdão Simmenthal.

competência, as disposições do direito comunitário tem a obrigação de garantir a plena eficácia dessas normas, não aplicando, se necessário e pela sua própria autoridade, qualquer disposição contrária da legislação nacional, mesmo posterior, sem que tenha de pedir ou esperar a sua revogação prévia por via legislativa ou por qualquer outro procedimento”, acrescentando que “Em virtude do princípio do primado do direito comunitário, o conflito entre uma disposição da lei nacional e uma disposição do Tratado directamente aplicável é resolvido, por um órgão jurisdicional nacional, pela aplicação do direito comunitário, não aplicando, se necessário, a disposição nacional contrária, e não pela declaração da nulidade da disposição nacional”.<sup>118</sup>

O Tribunal Constitucional Espanhol acompanha este nosso raciocínio de um modo particularmente feliz: considera que pode, por lei orgânica, estabelecer-se a integração de outros ordenamentos jurídicos, pela cedência a estes de atribuições e competências ao sistema jurídico da União Europeia, coexistindo este com sistema jurídico espanhol: “*El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen*” e “*En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias*”.<sup>119</sup>

O mesmo foi defendido pelo Tribunal Constitucional Italiano, no Acórdão Granital, afirmando que se tratam de dois sistemas jurídicos autónomos e distintos (“*due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato*”<sup>120</sup>). O relator deste Acórdão afirmou taxativamente que, ao arrepio da doutrina monista, e em favor do dualismo, as normas da União Europeia aplicam-se na sua comunidade político-jurídica, não pela sua superioridade face ao sistema jurídico nacional, mas porque este assim o permite ou, nas

---

<sup>118</sup> Itálico nosso. Acórdão C-314/08 do TJUE.

<sup>119</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de Dezembro de 2004. Esta posição jurisprudencial é consentânea, em diversos aspectos, com o por nós defendido. Sobre isto ver Canotilho (2008), p. 102-104.

<sup>120</sup> Sentenza della Corte Costituzionale n. 170/1984 da Corte Costituzionale. Sobre isto Repetto (2015) e Miccú (2011), p. 116. Canotilho e Moreira (2013), p. 265 não atribuem como explicação exclusiva ao primado a ideia de autonomia; ainda assim Canotilho (2002), p. 820 afirma que a teoria de sistemas jurídicos autónomos será aquela que terá mais apoiantes na doutrina, não sendo, contrapõe, uma questão fechada (p. 692).

suas palavras, não o impede.<sup>121</sup> Neste ponto, a análise de Marta Cartabia é muito interessante, coincidindo na maioria dos pontos com o nosso modo de interpretar este relacionamento entre sistemas. Esta autora é clara em afirmar que se trata não de uma questão de soberania (ponto que iremos abordar mais à frente), mas de uma divisão de competências e, portanto, a questão da “supremacia” é apenas uma questão de como a competência de decisão é dividida entre os sistemas e que, por isso, será nessas áreas onde a Constituição italiana atribuiu competências ao sistema jurídico da União Europeia para a definição de respostas jurídicas no espaço jurisdicional nacional que este terá “supremacia” - primazia de aplicação.<sup>122</sup> O próprio TJUE definiu em acórdão que teria havido uma “limitação de competências ou de transferência de atribuições dos Estados para esta Comunidade”, ainda que não tenha seguido tal critério<sup>123</sup>.

Temos vindo a demonstrar que há, na doutrina, diversos autores que consideram tratar-se de diferentes sistemas jurídicos que de alguma forma se coordenam. Como já se afirmou, aderimos a uma perspectiva dualista e não pluralista, já que não nos revemos nas formas de pluralismo enquanto análise normativa, visto que muitas das soluções cairão em monismo (ainda que “epistemologicamente” analisem essa relação sistema como incomensurável, impossível de relativização ou sem solução *a priori*<sup>124</sup>)<sup>125</sup> e, por outro

---

<sup>121</sup> Antonio La Pergola citado por Repetto (2015), p. 1452.

<sup>122</sup> Cartabia (2003), p. 314-315. No mesmo sentido Punset (2012), p. 805 fala em transferência de competências. Este último texto é particularmente interessante, porque permite uma análise alternativa ao tão difundido conceito de limitação de soberania. Para este autor, há apenas uma diminuição de competências para o Estado que as cede. Concordando com este autor, iremos mais longe – há uma diminuição que poder-se-á concretizar não de uma forma abstracta mas sim concreta, desembocando em perda de competências legislativas ou de uma primazia de aplicação da norma da União Europeia – não havendo, verdadeiramente, uma perda de competência mas uma perda de eficácia da norma interna naquele caso em concreto.

<sup>123</sup> Comissão Europeia c. França, Proc. 7/71. Sobre este e outro acórdão que utilizam a expressão de perda de soberania, Mota de Campos (2004), p. 264

<sup>124</sup> Walker (2001), p. 569-570 e Somek, (2010), p. 26 - “Pluralistas põe os braços no ar e exclamam «conflito legalmente irresolúvel». As duas exigências de supremacia geram dois sistemas jurídicos diferentes. Não há regras de conflito que as possam mediar. Porventura, a solução passará por diplomacia judicial, ou seja, deferência e acomodação”. Este solução é, para Eleftheriadis (2009), p. 374 de monismo disjuntivo, a que este autor refere ser feito de soluções conjunturais, de “avanços e recuos”, se virmos de uma perspectiva longitudinal os dois sistemas jurídicos, criticando este autor esta forma de encarar os problemas de coordenação pela sua latente imprevisibilidade.

<sup>125</sup> Por não ser o foco deste estudo (tanto no âmbito como na perspectiva que poder-se-ia usar para o nosso âmbito), faremos somente uma breve resenha por alguma das propostas mais relevantes e mais citadas de entre os autores pluralistas. Falaremos de quatro: Miguel Poiares Maduro, Joseph H. H. Weiler, Neil MacCormick e Mattias Kumm. Começando por este último, este autor que aborda o conceito possível de constitucionalismo (constitucionalismo com “C” minúsculo) – p. 260 que consiga abarcar as fundações tanto do Constitucionalismo estatal (com “C” maiúsculo) como do constitucionalismo internacional, encontrando pontos de contacto entre os dois, criando um “paradigma cosmopolita” (p. 262, que permita a existência de apenas um “constitucionalismo em diferentes âmbitos de aplicação” (p. 263, encontrando uma plataforma de mediação entre sistemas jurídicos que se baseiam em diferentes constitucionalismos. Não

lado, é no enquadramento teórico do dualismo que encontramos as maiores parencas com a coexistência entre os sistemas jurídicos nacionais e europeus. Dualismo já não com a exigência de necessidade de “transformação” do direito internacional para que este se torne eficaz, mas com a existência de sistemas jurídicos separados que, a certo momento, decidem coordenar-se, sem que se considere possível estabelecer um juízo de validade ou de hierarquia entre os dois. Neste ponto a leitura de Hans Kelsen é profícua. Este aborda as

---

pensando este autor que se deva considerar “constituição todo o tratado que contenha elementos de autoridade pública e alguma ordenação hierárquica” (p. 265, considera que só será um texto constitucional aquele que tenha um substrato axiológico, não bastando apenas ser considerado como tal por um povo, mas apenas aquele cujo conteúdo se possa coadunar com o tal constitucionalismo cosmopolita (p. 268, ao mesmo tempo que estabelece um enquadramento que permita que se possam conciliar vários entendimentos tanto nacionais como internacionais, oferecendo várias soluções e casos onde o autor pretende demonstrar que se trata de um objectivo alcançável através de, por exemplo, do mecanismo da interpretações conforme (p. 273ff. num contexto, onde este autor se enquadra, de pluralismo jurídico/legal – todas as citações são de Kumm (2009), Sintetizando, claramente perdendo alguns pormenores interessantes, este autor baseia-se num claro monismo a que chama de constitucionalismo cosmopolita, ainda que para Canotilho (2008), p. 81 tenha deferido a última palavra em caso de conflito ao sistema jurídico nacional. Neil MacCormick é contundente em afirmar que não faz qualquer sentido considerar que a validade do sistema estatal tem por base o sistema da União Europeia e que há dois contextos e uma norma superior em cada um, com dois tribunais superiores (p. 117-118); entre um pluralismo com fundamento no direito internacional, e que portanto estabelece o modo de relacionar dos dois, ainda que não hierárquico e portanto horizontal, e um pluralismo radical que não enquadra o direito internacional no binómio, o autor prefere este segundo (p. 118-119). Este pensamento já foi abordado mais acima como duplo monismo. Neste quadrante teórico, não haverá soluções jurídicas transitáveis entre sistemas e o próprio autor não omite a possibilidade de impasse. Haverá duas soluções possíveis, apresentadas por MacCormick: ou se transita para uma esfera política, perdendo-se automaticamente a autonomia do Direito, ou por outro, se utiliza as ferramentas que o pluralismo sob direito internacional detém, mas que levará, o autor avisa os mais incautos, transformar o pluralismo num monismo kelseniano, como pode ser a decisão por um tribunal arbitral internacional (p. 119-121 – todas as citações da obra MacCormick (1999). Como já se disse, Joseph H. H. Weiler adopta um pluralismo enquanto como forma de sã convivência, mesmo que não no *statement* de ausência de hierarquia, já que atribui a resposta final ao sistema jurídico (pluralismo normativo) – este autor apresenta como caso paralelo o uso de bombas atómicas entre as potências geopolíticas que as detém, que na possibilidade de as usar, conformam e moderam os seus ímpetos que poderiam gerar casos limites, Walker (2001), p. 570; neste sentido, abordando a ideia de poder de veto que os sistemas jurídicos nacionais detém, mas que nunca lhe farão uso, Maduro (2006, p. 36. Para além disto, apresenta a Tolerância (já apresentada *supra*) como contexto geral, ao mesmo tempo que propõe a criação de órgãos que possam mediar e aproximar posições, a que Weiler chamou à época “Conselho Constitucional da Comunidade” onde estariam presentes o Presidente do TJUE e membros de tribunais que tivessem competência na avaliação constitucional das normas nos Estados-Membros, sobre isto Witte (2002), p. 41, chamando à atenção neste texto de alguma ingenuidade para o diálogo se dar entre juízes constitucionais, quando por vezes este é inexistente, já que não tem qualquer contacto mais presencial e o reenvio prejudicial na maioria dos casos nasce por mão de tribunais que não têm a função primordial de aferir a validade constitucional das normas aplicáveis num Estado-membro. Por fim, o raciocínio de Miguel Poiars Maduro é extremamente cativante. Este autor propõe que se tomem os dois sistemas e a sua relação de um modo que permitam a sua convivência, de um modo que ambos possam tomar as diferentes exigências dos sistemas jurídicos em causa, sugerindo (para Maduro esta proposta nunca poderia ser obrigatória) aos Tribunais que tenham atenção para que as suas decisões possam conter uma justificação universalizante (passível de ser utilizada por todos os Tribunais) podendo criar uma ordem com coerência e integridade, fazendo com que nenhuma decisão possa destoar das restantes, Maduro (2003), p. 523-526, fazendo lembrar uma importante parcela da doutrina de Dworkin. Dando a palavra a Maduro, este defende a existência de “acordos «incompletamente teorizados»: a possibilidade de convergir numa mesma conclusão jurídica sem um acordo acerca dos valores fundamentais que justificam essa conclusão” – Maduro (2006), p. 40.

teorias dualistas de um modo que é consentâneo com o seguido neste texto (*mutatis mutandis* por se referir ao Direito Internacional): “os representantes de uma construção dualista consideram o Direito Internacional como um sistema de normas jurídicas vinculantes que se encontram em vigor ao lado das normas de Direito Estadual” e “o fundamento de validade do Direito Internacional tem de ser ancorado na ordem jurídica estadual. É o que se faz através da doutrina de que o Direito Internacional apenas vigora em relação a um Estado quando seja reconhecido por este Estado como vinculante, e seja reconhecido tal como é configurado pelo costume no momento desse reconhecimento”.<sup>126</sup> Exceptuando a afirmação de que o fundamento de validade do DIP se situa no direito estadual (o fundamento de eficácia no espaço jurisdicional seria mais consentâneo com o dualismo), colocamos neste excerto da Teoria Pura do Direito uma definição capaz desta doutrina.

A própria noção de “incomensurabilidade” da relação entre sistemas nacionais e da União Europeia não é a mais adequada forma de olhar para esta questão, pela ideia acoplada de “não existir nenhum ponto possível arquimediano” que medeie de parte-a-parte as “exigências de superioridade”.<sup>127</sup> Isto porque, tendo o Direito da União Europeia uma natureza claramente diferenciada de um Direito Internacional convencional ou *jus cogen*, há um óbvio voluntarismo por parte do Estado na adesão à União Europeia e na permissão de partilha do seu espaço jurisdicional. Ora, essa adesão faz-se necessariamente por uma regra de reconhecimento/autorização dessa mesma partilha, havendo uma relação mediada e regrada por essa partilha de competências. Caso não exista essa autorização (ou antes de esta existir), haverá tanta incomensurabilidade entre o sistema jurídico da União Europeia e o e o sistema jurídico nacional como deste com um país terceiro com o qual não partilhe instrumentos jurídicos, não sendo, na nossa opinião, um ponto valioso para esta análise em específico.

A corrente doutrinária defensora do pluralismo tem um peso extremo. Esta corrente baseia-se, pois, na ausência de um sistema único que permita uma harmonização sistemática de todas as normas num espaço juridicamente considerado e, portanto, oferece soluções para que essa coexistência não seja de elevada conflitualidade. Ainda que diferentes autores afirmem que as suas propostas são de pendor pluralista, as estratégias que propõem para uma sã convivência são diversas. Far-se-á uma breve resenha de

---

<sup>126</sup> Kelsen (1984), p. 443-444.

<sup>127</sup> Imagens retiradas de Walker (2002), p. 262.

algumas propostas, as que são consideradas mais relevantes e originais, sem que se queira realizar um estudo exaustivo sobre o tema até porque, na nossa perspectiva, estas teorias fogem à nossa análise baseada na interacção de dois sistemas e com a existência de aplicadores jurídicos comuns. A interacção entre estes dois sistemas, na nossa opinião, faz-se (e fez-se, a partir da adesão de um país Estado-Membro) segundo uma delegação de competências<sup>128</sup> para com o sistema jurídico da União Europeia que constitui, por mecanismos próprios, uma resposta nos diversos âmbitos de competência em que os Estados colocaram à disposição do sistema jurídico da União Europeia. E, portanto, concordamos com os autores pluralistas na análise positiva da realidade jurídica de dois sistemas autónomos (ou vários se considerássemos as relações “interconstitucionais”<sup>129</sup> entre Estados, matéria que em geral não abordaremos neste estudo, ainda que essa análise possa ser útil se mediada pela União Europeia, ou por motivo desta, como com certeza iremos abordar mais à frente.) Na nossa opinião e ao contrário das teses pluralistas que defendem a ausência de critérios de mediação, esses pontos de equilíbrio ou são encontrados na manutenção da delegação retrospectiva de competências para com o sistema da União Europeia. Dois casos são possíveis: ou se rejeita a aplicação das normas da União Europeia porque ora viola a transferência – por não serem competências que existam no sistema jurídico da União Europeia<sup>130</sup>-, ou por o exercício ir contra regras e princípios estruturais da comunidade; ou já se aceita essa aplicação da norma do sistema jurídico da União Europeia (por não violar a regra de reconhecimento) e aí a resposta encontrar-se-á no sistema da União Europeia, através das formas de resposta que este, por mecanismos próprios, assim defina. Prestaremos uma mais detida atenção a dois

---

<sup>128</sup> Explicitação deste conceito por Burdeau (1966), p. 1995

<sup>129</sup> Na expressão de Gomes Canotilho (2006), p. 266.

<sup>130</sup> Por isso mesmo, concordamos com Jorge Miranda que afirma que o 8.º CRP é uma clara prova da existência de *kompetenz-kompetenz*, Miranda (2013<sup>a</sup>), p. 212, neste sentido Duarte (1997), p. 569. Claro que esta cedência de competência é *sui generis*, já que, ainda que politicamente haja um paralelismo, em termos de sistema jurídico, podendo-se dizer como diz o Tribunal Constitucional Alemão que a UE terá as competências que os Estados assim lhe quiserem atribuir Arribas (2012), p. 449, nota 1406, na nossa Constituição (e portanto no sistema jurídico português) é apenas um poder de definir competências que não poderão ser transferidas para o sistema jurídico da União Europeia com a cláusula final do 8.º CRP, significando que não há um juízo positivo, apenas negativo ou neutro. Por outro lado, é igualmente interessante tomar atenção a uma outra problemática que pode ter como referente um conhecido paradoxo helénico do barco de Teseu, que se reflecte neste tema pela possibilidade de pelo alargamento sucessivo de competências atribuídas (*rectius* não impossibilitadas pelos sistemas nacionais ao sistema) que, a determinado momento, o poder de decisão de criar respostas eminentemente nacionais fique irremediavelmente reduzido a uma insignificância que ponha em causa a inicial autonomia do sistema que tinha permitido (apesar da delegação de competências) a manutenção espaço próprio de auto-conformação. Sobre isto, reflectindo num referente de soberania Constantinesco (2013), p. 164.



mecanismos de definição desta resposta. O primeiro tem que ver com respeito pela identidade constitucional dos Estados Membros e o segundo com a divisão de competências tanto em sentido de definição de uma resposta global a um determinado problema jurídico onde a União Europeia define que se deve redelegar essa competência aos Estados-Membros, ou em casos em que se acordou, pelo sistema da União Europeia, que a resposta jurídica seria da competência da UE (União Europeia), dando, no entanto, de que certa parcela da resposta global seja definida pelos Estados-Membros. Mas precisa-se, isto apenas acontecerá nos casos de permissão do sistema jurídico da União Europeia.

Assim, as correntes pluralistas afastam-se do nosso ponto de análise, já que estudam e debruçam-se sobre o modo como os sistemas jurídicos autónomos e distintos se relacionam, criando formas de convivência ou de resolução de litígios. Pela nossa parte, consideramos ser mais proveitoso analisar individualmente cada um dos sistemas jurídicos, pois será nesse âmbito que, ao fim ao cabo, se criará uma resposta jurídica no espaço partilhado, respeitando o estabelecido pela comunidade político-jurídica na delegação de competências.

Claro que este diferente enfoque não resolve todos os problemas, já que poderá haver respostas de cada sistema jurídico que poderão frustrar, na sua actuação, expectativas de parte-a-parte, como pode ser a desaplicação de uma norma da União Europeia pelo aplicador nacional, por se considerar que viola a regra de reconhecimento, ou, por outro lado, que o TJUE desconsidera a necessidade de uma derrogação a uma norma própria requerida com base num argumento de identidade constitucional de um determinado Estado-membro. Não olvidamos esse facto. O que pretendemos, com esta diferente forma de analisar o problema, é atribuir uma resolução desse problema a propostas de soluções que existem em ambos os sistemas jurídicos aqui em questão, e que isso acontece tanto como a regra de reconhecimento nos sistemas jurídicos nacionais (tanto a regra portuguesa do 8.º4, como com a solução italiana do *contra-limiti* ou com a solução alemã da “identidade”, como com a resposta já avançada pelo Tribunal Constitucional Espanhol), como, no caso do sistema jurídico da União Europeia, com a possível não eficácia de norma do DUE, a decidir pelo sistema jurídico da União Europeia, por razão ora da divisão das competências (anteriormente delegadas pelos Estados-Membros), ora com a cláusula que permite a protecção da identidade constitucional de um Estado-membro. Assim, deixa-se resposta concreta aos métodos interpretativos próprios de cada sistema, sem que se

tenha de depender de uma cooperação baseada em critérios externos (e, portanto, tendencialmente monistas), quando, no final de contas, haverá sempre possibilidade de haver duas respostas finais – do sistema jurídico da União Europeia, como dos sistemas nacionais – sem que seja possível acalentar a capitulação de um ou de outro (duvidando nós do benefício dessa opção).<sup>131</sup>

Uma das ferramentas a que os autores pluralistas dão mais atenção é ao reenvio prejudicial. Com esta nossa proposta valorizamos na mesma medida este mecanismo de cooperação entre tribunais nacionais (que podem servir de “placa giratória” entre os dois sistemas, já que, como melhor veremos, estes tomarão percepção das exigências de parte-a-parte) e o TJUE. E, claramente, este mecanismo é extremamente útil na compreensão e adaptação mútuas na interpretação, por exemplo, da necessidade de respostas do sistema jurídico da União Europeia, que possam permitir que não seja posta em causa a primazia absoluta da aplicação do Direito da União Europeia, já que, bem vistas as coisas, é ainda no âmbito deste sistema e por resposta deste que uma derrogação se verifica.

Percebe-se que a nossa tese se funda, e afirme-se desde já, numa atribuição de competências a uma ordem jurídica (constituída em modelos próprios e distintos do Direito Internacional) por uma decisão soberana de uma comunidade político-jurídica. Esta interpretação seria diferente, e neste caso seria ainda mais evidente a razoabilidade modelo dualista, se houvesse um sistema jurídico da União Europeia em tudo semelhante aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Isso significaria que haveria uma comunidade político-jurídica na União Europeia que, estabelecendo um sistema jurídico, estabelecia uma forma própria de interaccionar com os sistemas jurídicos nacionais. Caso assim fosse, e estando os Tratados no topo da pirâmide normativa deste sistema, estaríamos perante um sistema constitucional que tinha criado, a partir de si e por si, os mecanismos de um sistema jurídico semelhante ao existente nos Estados.

Isto tem duas consequências: a primeira seria a contraprova da afirmação de que todas as Constituições são estatais e, em segundo lugar, que a regra de reconhecimento criada pelos Estados-membros já não teria efeitos constitutivos para a coexistência de dois sistemas numa comunidade jurisdicional. A consequência disto poderia ser especialmente problemática caso de ocorrer uma situação onde os tribunais dos Estados-Membros

---

<sup>131</sup> Ainda que não o possamos desenvolver, veja-se, de um modo semelhante ao defendido no texto, como o TJUE resolveu o caso Kadi, fazendo uso da sua regra de deferência e, mais especificamente, aos limites da permissividade relativamente às Resoluções do Conselho de Segurança, Ac. TJUE C-402/05 P.

considerassem que não se aplicaria a regra de reconhecimento (por extravasar a decisão que levou à delegação de competências, tanto no caso de *ultra vires*<sup>132</sup> ou no caso de se considerar que iria contra preceitos constitucionais fundamentais) já que, fazendo os tribunais ordinários parte de duas verdadeiras comunidades político-jurídicas (nacional e da UE), haveria igualmente dois deveres de lealdade primaciais. Por estas razões, estudaremos a existência de uma Constituição material na União Europeia, sendo o mais sintético possível, relacionando apenas as ideias base.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> Definido pelo Presidente actual do Tribunal Constitucional Federal Alemão Voßkuhle (2010), p. 193 como “*a legal act that transgresses the boundaries of the sovereign powers accorded to the European institutions and bodies by way of conferral*”.

<sup>133</sup> Será, com certeza, claro que deixaremos de abordar o fenómeno puramente sob um ponto de vista exclusivamente sistémico (na terminologia de Luhmann).

## 4. Soberania e Competências

Muitas explicitações foram já avançadas sobre o conceito de Soberania. Classicamente, soberania define-se como poder supremo interno e independente em relação aos outros Estados<sup>134</sup>. Interessando-nos aqui mais a primeira concretização, a soberania evidenciaria o poder de uma comunidade poder criar um conjunto de regras que seriam critério de validade das demais normas presentes num dado ordenamento jurídico, *rectius* a soberania como o poder constituinte que cria um poder constituído<sup>135</sup> que será ele padrão de validade de todo o ordenamento jurídico de uma dada comunidade.

Ora, neste ponto, gostaríamos de introduzir algumas ideias já apresentadas por alguns autores que consideramos serem meritórias, já que apresentam uma perspectiva que consideramos ser mais correcta. A definição de soberania apresentada pode ser, bem vistas as coisas, colocada no seu inverso, que significa a ausência de intromissões exteriores não permitidas à definição das respostas de um sistema jurídico.<sup>136</sup> Portanto, a inexistência de normas não desejadas por uma comunidade de pessoas que, por razões que veremos mais à frente, se juntam para criar um sistema jurídico que permita a partilha do mundo é independente de outras circunstâncias que não interfiram de um modo directo e normativo com a liberdade de criar esses mecanismos jurídicos (condições económicas, políticas, ou uma reduzida falta de eficácia, já que isso poderá apenas significar que as suas normas são mais ou menos vigentes).<sup>137</sup> A esta afirmação vai adjacente uma outra de crítica à posição de uma relevante parte da doutrina que afirma que as comunidades políticas estatais perderam parte (ou a totalidade<sup>138</sup>) da sua soberania. Acerca destes autores é necessário fazer uma distinção entre duas posições: aqueles que tomam o conceito de soberania como a capacidade de definir uma resposta própria cada situação jurídica – onde poderemos concordar que há, de facto e nesse sentido, uma perda de poderes soberanos, como é o caso

---

<sup>134</sup> Fassbender (2003), p. 116ff. apresenta-nos, por todos, o enquadramento histórico, abordando o criador deste conceito, Jean Bodin.

<sup>135</sup> Diferenciação de conceitos, por todos, em Burdeau (1966), p. 183ff., afirmando que só se encontra uma representação do poder constituinte em criações estatais.

<sup>136</sup> Cohen, (2012), p. 27.

<sup>137</sup> Voltamos a Luhmann.

<sup>138</sup> Cunha (2005), p. 314 afirma que não pode existir “soberania partilhada”.

dos Estados-Membros da União Europeia.<sup>139</sup> A nossa posição é, como já afirmámos diversa, sem que as diferenças sejam maiores do que meramente terminológicas.

Caso diferente do defendido por outros autores, e aí as divergências são já materiais. Com receio que estejamos a simplificar em demasia, tomam-se a globalização e as relações jurídicas transnacionais, os riscos ambientais e outros beckianos, o fenómeno de integração regional e as normas internacionais *jus cogens* e afirma-se que a possibilidade do Estado, através do seu sistema normativo, conformar a realidade que o envolve é cada vez mais diminuta<sup>140</sup>, provando a mensurabilidade do conceito de soberania estatal, que estaria, no actual Estado, diminuída.

Por meio dessa Constituição<sup>141</sup> uma comunidade política cria, assim, de um modo soberano, uma estrutura de poder, ao mesmo tempo que se procede à criação de uma ordenação jurídica da política e de uma estrutura jurídica primacial, de um modo autónomo face a outras comunidades político-jurídicas.<sup>142</sup>

Existindo essa correlação entre um poder constituinte (que classicamente poderíamos atribuir a um povo-*demos*) e um texto primacial, num determinado espaço geográfico<sup>143</sup>, dando origem a uma dada ordem jurídica, é importante analisar essas características essenciais do texto constitucional (pelo seu âmbito mínimo de elementos com que faça ainda sentido ser tomado como texto constitucional, ainda que não de uma

---

<sup>139</sup> Schwarze (2001), p. 489, abordando várias Constituições que utilizam expressões como ideias de transferência de soberania e Mota de Campos (2004), p. 265 citando o Tribunal Constitucional Italiano que segue este sentido. Habermas é claro ao afirmar este sentido na frase “*an association of sovereign states which pool their sovereignty only in very restricted areas to varying degrees*” (Habermas, ....).”

<sup>140</sup> Cunha (2005), p. 314 e Bauböck (2007), p. 462 abordam esta possibilidade; Bogdandy (2008), p. 399 e Lucas Pires (1997), p. 9-12 apresentam este quadro de redução de poder e de centralidade do Estado. Walker (2003), p. 9ff. aborda os desafios da soberania no mundo globalizado, recusando, no entanto, a ideia de mensurabilidade deste conceito, afirmando estarmos presente uma “tardia soberania”; mostrando ser essa a posição do TJUE nos *Van Gend e Costa c. ENEL Búrca* (2003), p. 457-459, criticando esse entendimento. Do mesmo modo, veja-se Cohen (2012), p. 66.

<sup>141</sup> Arribas (2012), p. 37 demonstra que o Estado e a Constituição têm sentidos diametralmente opostos já que, se o primeiro exige a expansão de poder, o segundo a sua limitação.

<sup>142</sup> Assunto interessante e que merece alguns linhas tem que ver com o defendido pelo Jurisprudencialismo, (dando voz a um dos mais relevantes defensores, Neves, (2011), Escola onde nos inserimos, que afirma pertinentemente que a Constituição não fecha em si mesmo toda a questão da validade (olvidando até a questão das normas constitucionais inconstitucionais), já que se deverá relembrar a que o sentido do Direito transpõe e ultrapassa as soluções positivadas (onde se incluem os textos constitucionais – “O direito será sempre mais do que dele oferecem as suas precipitações institucionalizadas”, Neves, (2011), p. 56 e que existe uma “axiologia transpositiva que não está na absoluta disponibilidade do positivo constitucional ou de que não é titular sem limites o poder constituinte” (p. 234) que radicam axiomáticamente, segundo Häberle (2001), p. 65 na imagem do ser humano ou na dignidade, Cardoso da Costa, 1999, p. 193. Ideia igualmente partilhada pela visão Jurisprudencialista, por todos Bronze (2010), p. 490. De igual modo Dworkin (2002), p. 182 quando aborda que o juiz de Hércules deverá encontrar princípios justificadores das disposições constitucionais.

<sup>143</sup> Miller (1995), p. 24.

Constituição, como veremos já de seguida)<sup>144</sup>. Não importando aqui destringer as diferentes listagens que diferentes autores apresentam, é consensual que num texto constitucional deverão estar presentes princípios fundamentais<sup>145</sup> tanto organizatórios da esfera política de uma comunidade como da arquitectura judicial que permitirá impor as regras democraticamente escolhidas tanto a nível constitucional como legislativo - *rule of law*<sup>146</sup>; de igual modo é constante na dogmática jurídica a apresentação da Constituição como um acervo de princípios jurídicos fundamentais que norteará toda a vida política e jurídica de uma dada comunidade de direito, assim como a inclusão de direitos fundamentais no seu texto que é considerada basilar tanto pela sua génese enquanto documento histórico, como actualmente, com a função de limitação do *will* democrático, que terá de respeitar as posições jurídicas fundamentais plasmadas no texto constitucional.

Ainda que tenha sido a situação completamente dominante, salvo casos conhecidos de actuais comunidades que, ainda que fosse seu desejo, não têm tido a capacidade de criarem uma comunidade estatal (num sentido mais ortodoxo do termo) não encontramos qualquer objecção<sup>147</sup> a que uma qualquer comunidade política possa através de um texto constitucional criar uma estrutura político-jurídico que lhe seja vinculativa, não sendo eminentemente estatal<sup>148</sup>, como poderão ser o caso de comunidades pluriestatais, criando-se, como já abordado pela doutrina, a possibilidade de duas lealdades<sup>149</sup> no cidadão (a que

---

<sup>144</sup> A que muitos autores intitulam ser a constituição *thin* Walker, (2010), p. 157; Griller (2008), p. 50; abordando a existência destes elementos Moreira (2014), p. 14; Oliveira Martins (2005), p. 485.

<sup>145</sup> São conhecidos inúmeros princípios estruturantes (alguns que serão aqui plenamente abordados neste estudo) do ordenamento jurídico da União Europeia. Como claro exemplo disto mesmo, e ainda sem que se tenha de percorrer grandes raciocínios ou exegeses, é o artigo 2.º do Tratado da União Europeia que tem o claro propósito de explicitação de valores e princípios que terão de ser cumpridos como marca-de-água da construção comunitária, como o são o respeito da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, igualdade e do Estado de Direito, etc.

<sup>146</sup> Claramente que a União Europeia detém um conjunto de normas de valor primacial que oferece validade e legitimidade às demais normas hierarquicamente inferiores sejam os regulamentos ou directivas, assim como, por exemplo, às decisões da Comissão. Aqui há uma clara semelhança entre as realidades nacionais e da União Europeia. Do mesmo modo, é estabelecida uma arquitectura política e judiciária. Quanto à primeira, é clara a definição pelos Tratados das competências das Instituições Europeias, dos processos de definição política, legislativa e de acção. Gomes Canotilho (2002), p. 1423 considera aqui existir uma função de legitimidade da ordem normativa e legitimação para a actuação do poder governativo. Igualmente o ordenamento primacial dá substrato adjectivo ao controlo da hierarquia normativa, permitindo que os órgãos jurisdicionais (Tribunal Geral e Tribunal de Justiça da União Europeia) possam conhecer violações ao estabelecido no Direito Primário da UE.

<sup>147</sup> Cunha (2005), p. 292, nota 41, cita Jorge Miranda que afirma que só os Estados poderão deter uma Constituição.

<sup>148</sup> Do mesmo modo Walker (2002), p.31.

<sup>149</sup> Tully (1995), p. 142.

de certo modo está ligada a doutrina de Pernice e do seu *multilevel constitutionalism* enquanto modo de relacionamento entre sistemas jurídicos constitucionais<sup>150</sup>).

Ainda neste tópico, consideramos possível que estas comunidades políticas possam não ser “comunidades de destino”, seja este étnico, religioso ou cultural *stricto sensu*. Uma das doutrinas mais em voga na Europa, o Patriotismo Constitucional, baseia-se mesmo na ideia de que os valores que permitem manter comunidades políticas unidas à volta de um ideal são os que estarão desapegados da centralidade destas vertentes étnico-culturais<sup>151</sup>. Estes autores reclamam que o fulcral num texto constitucional será o respeito pelos valores de uma sociedade democrática e liberal, garantidora dos direitos fundamentais dos cidadãos dessa mesma comunidade. Esta teoria considera que esse é o desígnio do movimento constitucional europeu que se analisa após as atrocidades cometidas no seu continente no século passado. Por esse programa constitucional conseguir-se-á criar uma comunidade de pessoas unidas no objectivo de criar uma estrutura de poder que proteja esses mesmos valores presentes no propósito constitucional comum. Estes autores dão especial ênfase à União Europeia como exemplo da corporização dessa mesma hipótese, vaticinando uma história, cultura, símbolos comuns, ainda de sentido já não étnico-cultural.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Pernice (1999), p. 722. Sendo seguido pelo Advogado Geral Villalón nas conclusões ao caso Akeberg Fransson, C-617/10.

<sup>151</sup> Assim Muller (2007), p. 42.

<sup>152</sup> Sobre isto, um apanhado geral da questão acerca da necessidade da existência de um passado cultural em comum existente num conjunto de indivíduos para que se forme uma comunidade política. A resposta tradicional a esta pergunta seria afirmativa, doutrinando-se que só por uma ligação cultural se poderia considerar “O Outro” como compatriota, porque só esse partilharia certas características que levariam à auto-identificação, assim Miller (1995), p. 22-23. Isto adviria de uma história comum, geradora de simbologia, mitos e de aproximações Miller (1995), p. 25 e 35-36 e Tamir (1995), p. 60-65. Enquanto estes dois autores defendem um regime que possa albergar e não ostracizar diferentes comunidades culturais que possam coexistir numa mesma comunidade política (paradigmaticamente Miller (1995), p. 142, o patriotismo constitucional aceita que as suas exigências liberais e democráticas possam encontrar diferentes formas de se espalhar e concretizar em diferentes comunidades (daí o conceito de “patriotismo” no seu título), subalternizando, ainda assim, a exigência cultural defendida pelos primeiros autores citados - isto acontece, segundo Muller, (2007) p. 13, pois só assim se permitirá uma normatividade estável numa dada comunidade, num claro e assumido passo pragmático. Alguns autores afirmam tratar-se de uma questão de somenos importância a existência de uma história comum, sendo muitas das vezes resultado de um “romantismo patriótico”, por todos Habermas (2007), p. 91, dando-se os exemplos de como se criaram leis fundamentais *thick* sem a existência desse passado comum, como seriam os casos da Suíça e dos Estados Unidos da América, havendo outros autores que enumeram pelo menos alguns traços identitários comuns nesses movimentos constitucionais. Joffe (2009) aceita esta comparação (p. 20-24) defendendo que o credo comum poderiam ser as exigências difundidas pelo patriotismo constitucional, assim como Habermas (1994), p. 27. Apenas poderemos remeter, por manifesta falta de espaço, para Bauböck (2007), p. 465-466 (entre tantos outros) que alerta para a ausência de casos-exemplos históricos com que possamos proceder a comparações com a construção identitária europeia.

Não obstante a pertinência do defendido por estas ideias, necessário é que essa comunidade política tenha acesso ao texto que a criou essa mesma comunidade e que criou a que institucionalizou a estrutura de poder que a regula e rege. Portanto, é vital que a Constituição a que alguns autores intitulam *thin* (que tenha os elementos mínimos para se considerar um texto constitucional) adquira também uma perspectiva subjectiva (passando a *thick*)<sup>153</sup>, onde é tomada pela comunidade (onde se aplica) como o texto primacial da sua partilha intersubjectiva e criador da comunidade onde se inserem, ou seja, referente de comportamento, criador de coesão social em redor dos princípios, valores e objectivos partilhados por uma comunidade civil ( que poderá ou não ser etno-cultural).<sup>154</sup>

Sob um ponto de vista dos exemplos estatais conhecidos, a Constituição *thick* é surge naturalmente através da Assembleia Constituinte<sup>155</sup> (especialmente criada para a

---

<sup>153</sup> Ponto que não é consensual na doutrina, numa literatura quase inabarcável, já que se poderá concluir que toda a ordenação criada de uma estrutura com mais ou menos hierarquia será uma Constituição, sobre isto MacCormick (1999), p. 102-104 que fala da “constituição de uma Universidade”, porque baseado na teoria da agência; este autor aceita a existência de uma Constituição europeia, ainda que em moldes imperfeitos, p. 143, sob o ponto de vista estimulante de considerar a União Europeia uma forma de *Commonwealth*, p. 143, onde haveria uma consciência comum de certos valores e objectivos que poderiam ser projectados em conjunto. Pitta e Cunha (2005), p. 32 confronta-nos com uma *boutade* ao dizer que um regulamento de um clube de golfe poderia ser também uma constituição, por cumprir esses mesmos requisitos. Outros autores são mais contundentes em afirmar que há de facto uma Constituição, como é o caso de Petersmann (2008), p. 338; Cunha, (2005), p. 293; Guerra Martins (2012), p. 44-46 dando conta da defesa da existência de uma Constituição ainda que na ausência de um poder constituinte. Lucas Pires (1997), p. 21-47 desenvolve uma profunda apresentação deste tema, mostrando as vozes a favor ou contra a existência deste texto constitucional, dando grande ênfase ao papel do TJUE nesta construção constitucional. Além de este Tribunal, por duas vezes, ter considerado os Tratados como “Carta Constitucional”, para este autor a efectivação do primado, o efeito directo e a interpretação conforme, demonstram que se comporta como um tribunal constitucional. Não querendo retirar centralidade a este Tribunal, parece-nos que a sua actuação demonstra apenas um exercício de reforço da efectividade do sistema da União Europeia, baseado num conjunto de normas primaciais, não sendo suficiente para provar a existência desta Constituição na União Europeia. Miranda (2013), p. 65-66 sugere que a utilização do termo “constituição” para a UE seria de uso semelhante ao empregue nas Organizações Internacionais como a MERCOSUL, Organização Internacional do Trabalho, Liga Árabe, entre outros (ponto com que tendemos a concordar). Não nos causa igual concordância a linha de pensamento que, caso existisse uma Constituição na União Europeia, as Constituições Nacionais não precisariam de ser alteradas, sendo considerados nulos as normas que pudessem estar em discordância com o texto da União Europeia. Como já fomos demonstrando, mas agora realçando para o caso hipotético de se considerar a existência deste texto materialmente constitucional, a resposta quanto à relação entre os dois não se alteraria a ponto de um sistema poder ser referente de validade do outro. Lucas Pires (1997), p. 21-47 realça também uma questão que nos parece essencial para não se cair em raciocínios viciados por *lost in translation*, já que os *standards* da União Europeia e nacionais não precisam de ser os mesmos para que se possa transitar conceitos tradicionalmente estatais, como acontece com a Constituição ou democracia. Sobre o mesmo problema de tradução ver Walker (2003), especialmente p. 38 e 54 oferecendo soluções para uma efectiva transposição de conceitos; do mesmo modo veja-se Vespaziani (2008), p. 572-573.

<sup>154</sup> Deste modo veja-se Canotilho (2002), p. 1358.

<sup>155</sup> Ou na revisão do texto constitucional.



discussão e aprovação do texto constitucional)<sup>156</sup>, no poder legislativo, quando este assume essa atribuição ou, claro está, quando o parâmetro constitucional nasce pela precipitação judicial de normas costumeiras por via de uma auto-reflexividade da prática da comunidade político-jurídica em questão.

Claro está que a Constituição (ainda sob ponto de vista estatal) poderá ser criada num quadro de jogo de forças mais ou menos intenso entre diferentes classes sociais, etnias ou culturas que poderão viver em constante tensão e, portanto, ser um documento que se identifica claramente com uma classe, etnia ou cultura dominante num determinado momento (em desprimor da menos representadas) - que poderá até, pela perenidade normal destes textos, ser disforme num tempo posterior em que o jogo de forças já detenha outros equilíbrios. O que se quer deixar evidente é que há uma clara percepção de um texto que quer reproduzir as grandes linhas de pensamento de um povo (ou de parte dele), topando-se uma reflexividade e uma identificação biunívoca entre as duas grandezas – Povo e Constituição – o povo cria uma Constituição e Constituição reproduz a visão do Povo

Há uma interessante troca de ideias entre duas doutrinas americanas (encabeçadas notoriamente por Ackermann e Michelman) sobre este tema. Ackermann faz a apologia do *momento* constitucional da criação e revisão da Lei Fundamental (o já abordado)<sup>157</sup>a segunda perspectiva considera que um texto constitucional podia ser tomado como Constituição pela possibilidade dos próprios membros da comunidade poderem fazer parte actividade interpretativa do “texto constitucional” através da possibilidade de, por exemplo, poder contestar uma lei ou outro texto normativo perante o sentido constitucional vigente e assim vivenciar e concretizar a Constituição através do poder judicial. Três autores são centrais na defesa da participação dos cidadãos atomizados na actividade jusconstitucional: Jürgen Habermas, Peter Häberle e Frank Michelman.

Consideramos esta segunda de maior utilidade para a análise da experiência da União Europeia como projecto constitucional. Afirma-se isto se considerarmos o potencial

---

<sup>156</sup> É a tese apresentada por Bruce Ackermann (1989) de uma democracia dualista, feita a dois tempos, onde em grandes momentos de mobilização, o povo perfilar-se-ia como poder constituinte, criando um conjunto de normas e posições jurídicas que seriam o garante de limites contextos de maior apatia comunitária, num momento em que a definição de respostas jurídicas e políticas estaria a cargo essencialmente do poder parlamentar e governamental (p. 461-462, tendo o papel da *judicial review* de coarctar essa actividade do segundo momento em referência ao primeiro, rejeitando este autor qualquer identificação do seu pensamento com conservadorismo, pela actividade do Tribunal de protecção do decidido no *momento constitucional* Ackerman (1984), p. 1049-1051.

<sup>157</sup> Por Bruce Ackerman já apresentado.

processo constitucional evolutivo através deste mecanismo onde os cidadãos poderiam ter “legitimidade para agir”,<sup>158</sup> à margem da alteração do Direito Primário da UE, que está, como se sabe, a cargo exclusivamente dos Estados-Membros.

Em termos dogmáticos, poder-se-ia considerar estarmos perante um caso de hétéro-constituição, onde há uma atribuição de um texto de origem internacional, que poderá posteriormente ser adquirido (“tomar como seu”) por um grupo de pessoas (porque ainda sem a existência de uma comunidade) como o a sua Constituição.<sup>159</sup> Consideramos que, deste modo, poder-se-ia considerar a Constituição da União Europeia que, ainda que tendo na sua génese um Tratado Internacional, que quis criar um ponto de não retorno relativamente às atrocidades do século XX<sup>160</sup>, com um conjunto de normas que criassem um espaço democrático, liberal e protector dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus<sup>161</sup> e, ainda que tendo em si mesmo diversos contextos culturais que poderão divergir<sup>162</sup> pudesse paulatinamente ser adquirido como texto criador da comunidade política<sup>163</sup>. Para tal salto, seria essencial que, caso ainda se quisesse manter a revisão formal dos Tratados como matéria exclusiva dos Estados-membros, os cidadãos pudessem participar na interpretação do Direito Primário da UE, num exercício de criação e “cultivo”<sup>164</sup> desse texto Constitucional para, de um modo paulatino, se pudesse largar as

---

<sup>158</sup> “Nada impede que surja uma “constituição evolucionista” materialmente integradora assente em esquemas retirados dos tratados das comunidades europeias (...) e baseada em princípios jurídicos fundamentais *standards*, costumes, decisões jurisdicionais, constitutivos de um verdadeiro *Jus Commune Europaeum* e de uma autêntica cultura jurídica europeia” – Canotilho (2002), p. 1358.

<sup>159</sup> Avançando esta possibilidade Canotilho (2002), p. 1359; Miranda, (2013), p. 110-111, dando alguns casos históricos deste fenómeno. A recepção clássica seria por referendo – Burdeau (1966), p. 229. Guerra Martins (2004), p. 782, nota 58 apresenta outros exemplos, sendo o caso referido mais recente a Constituição da Bósnia-Herzegovina que nasce de um acordo internacional. Taxativamente Oliveira Martins, (2005) – “as hétéro-constituições não são verdadeiras constituições, pelo menos enquanto não forem recebidas por acto que seja expressão de um poder constituinte imputável à própria sociedade política que respeitam”.

<sup>160</sup> Segundo Muller (2007), p. 38, é uma doutrina que se baseia em sentimentos comunitariamente partilhados (em clara aproximação a teorias nacionalistas liberais baseadas no “orgulho”), mas neste caso de “vergonha e culpa”, mas porventura também de “orgulho”, ainda que de conteúdo diverso – ver nota seguinte.

<sup>161</sup> Eloquentemente, “O patriotismo da Constituição significa entre outras coisas, o orgulho de saber ter superado de forma duradoura o fascismo, ter implementado um Estado de Direito e nele ter criado uma cultura política mais ou menos liberal” Habermas (2007), p. 115.

<sup>162</sup> Häberle (2000), p. 118 relembra isso mesmo com o mote “unidos na diversidade”.

<sup>163</sup> Neste ponto é importante afirmar que, não fazendo parte de uma qualquer cultura comum existente ao tempo da criação deste organismo internacional de integração, que pudesse ter que ver com esse mesmo ponto de não retorno, há objectivos claros de política económica ou judicial, para dar alguns exemplos, que ainda podendo ter o referente indirecto de criação de obstáculos a novos conflitos sangrentos num espaço europeu, já são porventura demasiado distantes, tendo como génese uma opção política própria nesses mesmos âmbitos, havendo com certeza um *plus* claramente intencional relativamente à doutrina do patriotismo constitucional.

<sup>164</sup> Assim Häberle (2000), p. 35 e Miranda, (2013), p. 80 – “Um texto constitucional deve ser literalmente cultivado para que resulte numa Constituição”.

amarras de um Tratado Internacinal ( que poderia o substrato objectivo de uma Hétero-Constituição), criando-se uma comunidade política em redor de uma Constituição.

Sendo esse texto o elo de ligação entre todos os membros de uma comunidade política e, por ele, se estabiliza o poder e o modo de partilha do mundo é “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão activo”<sup>165</sup>, já que será por essa interpretação autorizada e institucionalizada que o cidadão poderá tanto tomar contacto com a Constituição, conformando também à vivência cultural partilhada, onde se incluem valores comunitários essenciais - as normas jurídicas, especialmente a normas fundamentais, são também espelho disso mesmo.<sup>166</sup> Por essa via do fomento das formas de participação do cidadão na interpretação-criação constitucional, através da institucionalização da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>167</sup>, alcançar-se-ia paulatinamente a “colagem” de elementos constitucionais com resultado numa Constituição *thick*.<sup>168</sup>

Pela ausência de um momento constitucional em que poder-se-ia dizer que teria havido um acordo entre os diferentes povos da União Europeia, era exigido à mesma para a criação de uma Constituição própria, um esforço suplementar no fomento da ligação entre o Direito Primário e os cidadãos, para que se ganhasse a vertente subjectiva, que manifestamente não existe. Assim, seria natural que as regras da União Europeia seguissem algumas práticas seguidas pelos países que pertencem à União Europeia<sup>169</sup> e que

---

<sup>165</sup> Häberle (1997), p. 14.

<sup>166</sup> Assim Häberle (2000) p. 34. Caracterizando uma comunidade política de um modo semelhante Caeiro, (2010) p. 321.

<sup>167</sup> Expressão partilhada por Häberle e Habermas (1996), p. 264.

<sup>168</sup> Esta visão é claramente partilhada pelos autores defensores do patriotismo constitucional, como se pode comprovar em Tushnet (2003), p. 353-363, Lacroix, (2002), p. 948 e Muller, (2007), p. 61 que nos fala, pedindo emprestado as palavras a Jürgen Habermas de um “processo colectivo de aprendizagem”; para outros como MacCormick, que se considera defensor da doutrina de *civic nationalist* é igualmente importante a criação de mecanismos de participação na construção e de reconstrução dos textos fundamentais. Levinson (1988), p. 42-50 apresenta um interessante paralelismo entre a interpretação de textos sagrados para as diferentes religiões e a possibilidade de serem interpretados os textos fundamentais à luz da percepção cultural de cada cidadão (sendo que são aceites todas essas interpretações legítimas), apoiando-se em ideia semelhante de Dworkin que aceitava que o Juiz-Hércules poderia ser qualquer cidadão desde que “fosse alguém comprometido realmente com a Constituição ,em oposição a quem pudesse utilizar essa interpretação para maximizar o seu proveito ou o de um grupo onde se inserisse”. Na obra, MacCormick (1999), p. 145 fala-nos de poder existir uma ligação subjectiva à UE por esta ter possibilitado paz entre os países da União Europeia, mas que uma mais forte ligação poderia ser conseguida pela participação nas Instituições, pois isso gera uma lealdade que poderá levar a fomentar uma futura “comunidade de destino” (p. 169-171, afirmando que uma cultura comum está no *intermezzo* entre as uniões cívica e étnica.

<sup>169</sup> Como a queixa constitucional presente em Espanha, Alemanha e diversos Estados Membros da Europa de Leste, desenvolvidamente de Visser (2015), p. 151ff.; como a fiscalização difusa presente nos países do Norte da Europa, (p. 94 - por exemplo sobre o regime finlandês (p. 76- 77); ou, porventura, o modelo português de controlo concreto da constitucionalidade. Acerca do recurso de anulação, Martje de Visser apresenta o exemplo belga onde qualquer cidadão poderá contestar a constitucionalidade de uma norma que o afecte directa e prejudicialmente, não sendo tão estrito como a doutrina Plaumann, (p. 128-130).

permitem uma maior ligação entre as suas Constituições e os cidadãos, quando tivesse de definir os mecanismos pelos quais os cidadãos pudessem conformar e “cultivar” o Direito Primário, como são os casos do reenvio prejudicial, recurso de anulação TJUE a excepção de ilegalidade.

Ora, não consideramos que isto realmente aconteça *na* União Europeia no seu âmbito jurisdicional. O reenvio prejudicial permanece competência dos Tribunais Nacionais, não tendo os particulares legitimidade activa<sup>170</sup>, tanto para a formulação da pergunta (doutrina CILFIT<sup>171</sup>) - não existindo possibilidade de recurso (nem imediato nem por exaustão) para o TJUE no caso de negação da possibilidade da existência de reenvio prejudicial (como se tratasse de estruturas jurisdicionais que não fizessem parte da mesma ordem jurisdicional)<sup>172</sup><sup>173</sup>-, como não podendo fazer parte da construção do conteúdo da questão, caso esta exista. Neste sentido, o Advogado Geral Jacobs avisa, com propriedade, que esta forma de mecanismo é menos protectora dos cidadãos e garante uma tutela

---

<sup>170</sup> Neste sentido Rangel de Mesquita (2013), p. 127.

<sup>171</sup> Habermas (1996), p. 440 alerta, neste ponto em específico, na possibilidade de se tomar o “cinzento” por “claro”, não permitindo ao cidadão demonstrar que o seu ponto de vista poderia ser mais “coerente” com o sistema.

<sup>172</sup> Ainda que o TFUE no artigo 267 parágrafo 3 considere a obrigatoriedade do reenvio prejudicial caso a questão esteja pendente “perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno”, isto só acontecerá no reenvio prejudicial de interpretação caso o Tribunal requerente do reenvio prejudicial considere a questão necessária ou a interpretação criadora de dúvida (Cilfit 283/81), sendo, pois uma decisão própria do Tribunal, não necessitando igualmente de remeter questões caso a determinada matéria já tenha sido aclarada pelo Tribunal, Ac. TJUE 28/62, 29/62 e 30/62 (decididos em conjunto). O mesmo acórdão Cilfit considerou taxativamente que o reenvio prejudicial responde a objectivos de uniformidade (concordando, Serrano (2015), p. 1510, e portanto há uma intencional interposição entre o particular e o TJUE e uma instrumentalização dos particulares à análise feita pelos tribunais nacionais – “assim o mero facto que uma parte considerar que se cria uma dúvida acerca da interpretação do Direito da Comunidade não significa que o tribunal em causa esteja obrigado a decidir que essa questão terá de ser levada ao Tribunal”, acrescentando que o tribunal pode apresentar questões *ex officio*. São conhecidas as posições de três tribunais constitucionais nacionais (o Alemão, o Austríaco e o Espanhol, em contabilização feita por Fausto de Quadros e Guerra Martins (2013), p. 97 que reconhecem a si competência para desafiar recusas de reenvio prejudicial, quando a isso estariam obrigados os tribunais nacionais, com base na violação da tutela jurisdicional efectiva. Em Espanha isto ocorreu em (2004), tendo o Tribunal Constitucional considerado nula a decisão na qual foi impedido o reenvio prejudicial. No caso alemão esta possibilidade abre-se com o Acórdão que ficou conhecido Solange II (mais recentemente corroborado no Acórdão 2 BvR 2661/06 parágrafo 88), contrariando o Tribunal Fiscal Federal Alemão, ao considerar que o TJUE tem uma competência definitiva na interpretação e na avaliação da validade do Direito da União Europeia, censurando formas de contrariar essa superioridade, seja por decisões contrárias ao decidido pelo Tribunal ou ter por contrariado a obrigatoriedade de proceder ao reenvio prejudicial por parte dos tribunais nacionais – seguimos de perto Alter (2001), p. 102-103. Lohse (2013), p. 1496-1498 apresenta um ponto de vista mais céptico sobre a operacionalidade do controlo do não reenvio prejudicial pelos tribunais, tanto na avaliação da “necessidade” como processualmente com o início de uma acção por incumprimento por parte da Comissão, dando casos de argumentação do Tribunal Constitucional Alemão para justificar a não utilização do reenvio prejudicial.

<sup>173</sup> No caso Dhahbi c. Itália (17120/09) o TEDH condenou Itália por ter sido recusada a possibilidade de um reenvio prejudicial sem que tivesse existido justificação para essa decisão por parte dos Tribunais internos.

jurisdicional menos efectiva do que em comparação com recurso jurisdicional directamente aos Tribunais da União Europeia (*stricto sensu*)<sup>174</sup>.

Por outro lado, o recurso de anulação está extremamente coarctado pelo texto dos Tratados (acompanhado por uma jurisprudência igualmente restritiva do TJUE). Exige-se, para ter legitimidade activa, que o cidadão da União Europeia tenha de demonstrar que o acto legislativo em causa (que quer ver anulado) o afecta directa e individualmente. Com esta primeira condição, ter-se-á de provar que não existe um poder de conformação intermédio entre o acto legislativo e a definição da resposta concreta, ou seja, exigindo-se a prova de ausência de discricionariedade pelos Estados na definição da resposta concreta.<sup>175</sup> No que respeita a ser afectado individualmente, o TJUE, interpretando o artigo 263.º TFUE, afirmou no Acórdão Plaumannn que este critério cumprir-se-á “se ela [a norma] os afectar devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de maneira análoga à do destinatário”<sup>176</sup>. Esta posição foi amplamente criticada pela doutrina por ser causa de extrema restritividade do uso deste mecanismo processual<sup>177</sup>, sem que o TJUE tenha alterado a sua interpretação até aos dias de hoje.

Ainda que o Tratado de Lisboa tenha alterado o anteriormente regulado no artigo 263.º, pela inclusão da legitimidade activa para arguir a anulação de “actos regulamentares que lhe digam directamente respeito e não necessitem de medidas de execução”<sup>178</sup> o TJUE manteve a sua corrente jurisprudencial: não sendo conhecida este conceito de actos regulamentar no Tratado de Lisboa, logo o TJUE fez o paralelo com o conceito que teria sido avançado no Projecto do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, onde significariam regulamentos europeus de execução e os regulamentos europeus delegados, ficando de fora deste conceito os regulamentos e directivas (que são actos legislativos e não actos regulamentares)<sup>179</sup>, não se alterando o paradigma restritivo na legitimidade activa pelos cidadãos no uso do recurso de anulação.

---

<sup>174</sup> Conclusões do Ac. Unión de Pequeños Agricultores c. Conselho, ponto 37.

<sup>175</sup> Neste sentido, Gorjão Henriques (2010), p. 447-450 e Moura Ramos (2016), p. 132.

<sup>176</sup> Ac. TJUE 25/62.

<sup>177</sup> Por todos Moura Ramos (2016), p. 134 tendo esta posição sido corroborada pelo Advogado Geral Jacobs nas conclusões ao Ac. Unión de Pequeños Agricultores c. Conselho. Como conta Moura Ramos (2016), p. 134-135, este Advogado Geral propôs uma diferente interpretação do requisito de “individualmente” que poderia significar a alteração da posição jurídica do particular, mas que não foi corroborada pelo TJUE, ainda que tenha sido experimentada pelo à altura “Tribunal de Primeira Instância” no processo Jégo-Quére’.

<sup>178</sup> Demonstrando-se a desnecessidade da prova mais difícil, tendo esta que ver com a afectação individual.

<sup>179</sup> Sobre isto, Moura Ramos (2016), p. 136-144, dando conta do Acórdão C-583/11 que decide deste modo.

O Acórdão Inuit (TJUE C-583/11) apresenta uma alternativa que permite, na sua opinião, uma verdadeira tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos, através da utilização da excepção de ilegalidade ou do reenvio prejudicial. Sobre esta segunda, já vimos que a intervenção do particular é meramente indirecta, não controlando autonomamente o pedido nem o conteúdo do mesmo, relembrando as críticas apontadas pelo Advogado Geral Jacobs a este mecanismo. Quanto à excepção de ilegalidade<sup>180</sup>, é verdade que, caso o particular argua, em recurso de anulação e a título principal, a invalidade de um regulamento de execução (com uma atribuição da legitimidade mais facilitada) num Tribunal da União Europeia *stricto sensu* pode, em via de excepção, requerer a inaplicabilidade, no seu caso em concreto, do acto legislativo que serve de base ao regulamento de execução. Ora, se de facto na prática isto pode conduzir ao resultado pretendido pelo particular (caso se tome o acto legislativo como contrário ao Direito Primário) não há aqui um verdadeiro poder conformador do Direito Primário da UE, já que não terá a norma desaplicada qualquer mácula de ilegitimidade, mantendo-se para todos os outros casos futuros como norma válida e eficaz<sup>181</sup>. Por outro lado, e não de somenos importância, desta possibilidade de uso da excepção de ilegalidade estão excluídos os cidadãos que vejam os seus processos a correr nos tribunais nacionais, porventura em casos em que sejam partes/sujeitos processuais, onde a problemática em concreto possa ser maioritariamente resolvida por normas da UE, pela razão de que só se poderá arguir esta excepção em processos que corram nos Tribunais da União Europeia (*stricto sensu*).

Assim sendo, e de acordo com o explanado, consideramos que os documentos normativos primaciais não detêm a vertente subjectiva exigida para se falar em Constituição, faltando, assim, a lealdade dos cidadão, sendo quimérica a existência de uma comunidade política, que poderia ser desenvolvida paulatinamente se se achasse essa actividade de “cultivo” da Constituição<sup>182</sup>, persistindo a ausência tanto de uma conformação directa das normas à cultura partilhada como o sentido de orientação dos

---

<sup>180</sup> Explicitado o regime em Gorjão Henriques (2010), p. 465ff.

<sup>181</sup> “A única consequência do arresto é a desaplicação do acto ao caso concreto *sub judice*, não a eliminação do acto da ordem jurídica da União Europeia” - Gorjão Henriques (2010), p. 469. Não se argumente que igual regime existe na organização do sistema de controlo constitucional, já que há uma diferença de grande monta que tem que ver com a obrigatoriedade do Tribunal Constitucional de ter de avaliar a possível inconstitucionalidade da norma desaplicada (por ter sido julgada inconstitucional) pelo menos três vezes no âmbito de fiscalização concreta, assim 281.º 3 CRP que terá força obrigatória geral, 282.º1 CRP

<sup>182</sup> Michelman, (1988), p. 1518.

cidadãos pela Constituição<sup>183184</sup> Como afirma Aroso Linhares, “as prescrições constitucionais também devem ser experimentados (e transformadas) sob os desafios da realidade constitucional (esta, por sua vez, inscrita numa muito mais extensa realidade jurídica e, enquanto tal, a enfrentar as possibilidades de múltiplas práticas protestantes e comunidades interpretativas fragmentadas).”<sup>185</sup> Esta ausência de Constituição é totalmente compatível com aplicação *tout court* da primazia na aplicação do direito da União Europeia, nos domínios em que esta tenha sido deferida pelos sistemas jurídicos nacionais,<sup>186187</sup> não se exigindo respostas imediatas para o difícil problema aflorado na parte final do capítulo anterior.

---

<sup>183</sup> No sentido apresentado por Snyder (2003) p. 56, usando ideias de Max Weber que justificam a sua análise, vaticinando a falta de uma cultura jurídica eminentemente europeia (p. 63ff). Este ponto negativo é o mal-estar do défice democrático como aborda Lucas Pires (1997), p. 61-63. Em sentido contrário, Maduro (2003), p. 513 defende existir já uma subjectivação baseada na mesma vertente baseada na participação nos Tribunais da União Europeia.

<sup>184</sup> Demonstrando este raciocínio temporal, Habermas citado por Arribas (2012), p. 42. Estando fora de o âmbito deste estudo debater qual a verdadeira natureza actual da União Europeia, sendo propostas pela doutrina ideias tão diversas como federação em sentido lato, confederação, associação de Estados ou *Commonwealth*, sem que se retirem conclusões práticas que influenciem posteriores prospecções deste estudo.

<sup>185</sup> Linhares (2016) p. 746, alertando para o “deficit democrático na formação da opinião pública” (p. 748).

<sup>186</sup> Cloots (2016), p. 94 aceita a possibilidade de existência de “supremacia” sem soberania, defendendo, no entanto que o TJUE tem defendido a existência de uma soberania própria da UE.

<sup>187</sup> Sendo assim, fica assim impossibilitada a teoria de Pernice de Constitucionalismo Multinível, por exigir a existência de uma Constituição da União Europeia. Sobre esta teoria Canotilho (2008), p. 64-66. Assim interpretando a teoria de Pernice - “o constitucionalismo multinível tem a ver com o papel do indivíduo na formação da arquitectura constitucional dos sistemas políticos multinível, como é o caso da União Europeia” Martins (2016) p. 604.

## 5. Divisão de Competências, Preempção e Harmonização pelo Mínimo

Como se referiu nos anteriores capítulos, consideramos que existem dois sistemas jurídicos que se aplicam concomitantemente na jurisdição de um Estado-Membro, por permissão do sistema jurídico nacional; existirá dever de primazia de aplicação das respostas oferecidas pelo sistema jurídico da União Europeia, caso ocorra um conflito entre duas normas. Por outro lado, e ainda no âmbito dos tribunais nacionais, é claro o dever de interpretar as normas internas numa forma que permita a concretização de objectivos e valores incluídos no sistema jurídico da União Europeia.<sup>188</sup>

O poder legislativo dos Estados-Membros situa-se também sob regime do DUE e é obrigado ao cumprimento das normas da União Europeia e, desde cedo (com os acórdãos primaciais do Costa c. ENEL e Simmenthal), o TJUE foi desenvolvendo uma doutrina que afirmava sancionar a criação legislativa, em certos domínios ou matérias, que fosse contrária ao imposto pelo sistema da União Europeia, através das suas Instituições Europeias legiferantes. Como bem afirma Weiler, o sistema da União Europeia, dentro do espaço de permissão (e dos limites a ela inerentes) deferido retrospectivamente pelos sistemas jurídicos nacionais, para curar em determinadas áreas, por normas eficazes e aplicáveis nas respectivas comunidades político-jurídicas, tem *Kompetenz-kompetenz*<sup>189</sup>.

Se nos Estados Unidos da América, esta limitação imposta aos Estados e, mais precisamente, à criação de normas estatais é comumente e consensualmente considerada como preempção<sup>190</sup>, neste lado do Atlântico, tanto a nomenclatura como o regime não gozam da mesma aceitação. Deparamo-nos, assim, no sistema jurídico da União Europeia com um cenário onde o Tribunal sanciona negativamente a actividade legislativa (sem que possa anular as normas emanadas dos poderes legislativos nacionais, como se sabe e, portanto, podendo apenas levar a casos de acção por incumprimento, por violação de uma obrigação de *non facere*), ao mesmo tempo (alguns autores dirão posteriormente) que obriga os tribunais nacionais a não aplicar as normas contrárias aos elementos normativos do sistema jurídico da União Europeia, por razão do princípio da primazia. Esta defesa de uma dupla protecção do sistema jurídico da União Europeia face aos elementos legislativos

---

<sup>188</sup> Sobre este princípio Gorjão-Henriques (2010), p. 417ff,

<sup>189</sup> Weiler (1991), p. 2414.

<sup>190</sup> Sobre a origem do termo, Arena (2016), p. 1 nota 1.



nacionais levanta algumas dúvidas acerca da verdadeira diferenciação entre os conceitos de preempção e de primazia. Sobre este ponto, é necessário destrinçar dois aspectos: enquanto que na criação de leis nacionais em matérias onde o sistema jurídico da União Europeia tenha proibido a competência legislativa estatal, caso se dê um conflito entre a disposição nacional e uma norma da União Europeia os tribunais nacionais, sem mais e por falta de competência, estão obrigados a não aplicar a norma<sup>191</sup>; nos casos de primazia, só haverá a não aplicação da norma nacional se esta tiver um sentido contrário à norma da União Europeia aplicável ao caso, sendo um juízo mais exigente.

A preempção enquanto proibição à actividade legiferante surgiu primordialmente nos casos onde os Estados-Membros pudessem celebrar acordos internacionais com países terceiros, em matérias que pudessem pôr em causa a efectividade das normas do sistema jurídico da União Europeia, já que o princípio da primazia não seria eficaz, por a obrigação de desaplicar o acordo internacional não poder ser aposta a um país terceiro (não sendo Estado-Membro da União) e, portanto, não obrigado a esse mesmo princípio.<sup>192193</sup>.

Markus Klamert afirma que a supremacia da União Europeia como conceito lato já contém tanto a primazia como a interpretação conforme<sup>194</sup>, abarcando o sentido útil de preempção como dever de abstenção no plano externo, onde a supremacia (*rectius* primazia) não teria igual eficácia.<sup>195</sup> Defende este princípio por considerar que, no momento da criação da norma que teria conteúdo contrário ao disposto pelo Direito da União Europeia, a norma interna já estaria em confronto, podendo o princípio da primazia ser, assim aplicado.<sup>196</sup> Por outro lado afirma que, se a preempção fosse pensada para os casos do artigo 2 (2) do TFUE – onde existem matérias de competência partilhada (e, por isso, em abstracto, passíveis de ser reguladas tanto pelo sistema da União Europeia como pelos sistemas nacionais)-, esta não teria qualquer sentido independente da exclusividade superveniente (que se adicionaria aos casos de exclusividade *a priori*)<sup>197</sup> - considerando tratar-se de uma competência dinâmica (só a ganha quando a exerce) e temporária (enquanto a exerce).

---

<sup>191</sup> Podendo esta ser expulsa do sistema jurídico em causa.

<sup>192</sup> Esta obrigação de *non facere* por parte dos Estados foi avançada pelo Acórdão ERTA (que levou ao posterior artigo 3.º do TFUE).

<sup>193</sup> Sobre esta diferença, Klamert (2014), p. 105-106. Realçando a exclusividade desta competência, o Parecer 1/13 do TJUE de 14 de outubro de 2014.

<sup>194</sup> A primazia resolve o conflito, a interpretação conforme evita-o Schütze (2006), p. 126.

<sup>195</sup> Klamert (2014), p. 115ff.

<sup>196</sup> Klamert (2014) p. 102 e 116.

<sup>197</sup> Klamert (2014), p. 147ff.

Sendo meramente uma questão terminológica (não havendo diferenças materiais entre a preempção e este conceito), considera-se que a utilização do conceito de preempção é, ainda assim, de se usar pelo manancial de estudo e prática já existente (especialmente na vida jurídica norte-americana, que serviu de inspiração para autores europeus que se debruçaram sobre o assunto) e pela pertinência das suas subestruturas. Este conceito permitirá antever e racionalizar esquematicamente diversas soluções interpretativas já expostas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>198</sup> ao conteúdo problemático da norma que afirma que “Os Estados membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua” (artigo 2.º do TFUE)<sup>199</sup>.

De todo o modo, a existência desta dupla protecção da prevalência do sistema jurídico da União Europeia<sup>200</sup> faz ainda sentido por se aplicarem em momentos diferenciados. Enquanto que a primazia tem o seu momento, por excelência, perante o aplicador jurídico num sentido mais clássico (seja a administração ou, paradigmaticamente, os tribunais) perante a existência de duas normas contraditórias no seu sentido, a preempção permite combater a existência de certa norma nacional considerada ilegítima, forçando a sua revogação. Assim é, já que, caso isto não aconteça, a norma nacional manter-se-á vigente no ordenamento jurídico nacional como critério de conformação de comportamento dos cidadãos com consequências graves e ilícitas para o DUE, como o próprio TJUE decidiu logo em 1974 quando afirma que o primado do direito da União Europeia e desaplicação de norma interna não seriam suficientes para dissipar um estado “ambíguo” e de “incerteza, concluindo que a França não teria cumprido as obrigações dispostas no Tratado.<sup>201</sup> Assim, a preempção surgirá processualmente na acção por incumprimento (258.º a 260.º do TFUE), podendo o Estado ser condenado, caso não

---

<sup>198</sup> Timmermans (2014), p. 156 dando conta do início de uma posição mais dogmática nesse sentido pelo TJUE.

<sup>199</sup> Sendo justiça feita a Klamert que se debruça sobre os mesmos temas, na perspectiva do seu conceito de exclusividade *superveniente*. Ora, não sendo uma questão central (porque há uma concordância na análise material, já que o regime a aplicar no momento em que há uma exaustão da matéria pelo legislador europeu seja igual ao regime de competência exclusiva, deste modo, Arribas (2012), p. 362, consideramos que será mais correcto afirmar-se que do que se trata de um dever de abstenção superveniente (preempção) e não uma competência exclusiva própria que se ganha numa situação onde antes esta não existiria pela estranheza do conceito de exclusividade por causa do exercício que antes dele não era exclusivo Aceitando a ideia de exclusividade também no caso de exercício de competências partilhadas, van Aaken (2007), p. 283, referindo-se ao conceito de exclusividade latente e Goucha Soares (1996), p. 141. Falando de uma competência do Estado membro que fica temporariamente inactiva, Arena (2016), p. 7-8 relativamente ao artigo 2.º TFUE.

<sup>200</sup> Consideradas por Schütze (2006), 1024 os “dois lados da mesma moeda” e “diferentes, mas inseparáveis”.

<sup>201</sup> Ac. TJUE 167/73. Do mesmo modo Ac. TJUE 168/85).

expulse a(s) norma(s) a que estava precludido de emitir. Por esse mesmo motivo se defende a diferenciação entre primazia e preempção, sem que se pretenda defender que com a preempção se tenha criado um regime autónomo do definido para a violação do disposto nos Tratados, caso um Estado emita normas em domínios de competência exclusiva da União (3.º TFUE).

De todo o modo, a norma nacional, que esteja num domínio onde o Estado-Membro esteja precludido de agir legislativamente, será na mesma desaplicada (ou expulsa do ordenamento jurídico interno, ainda que por regras próprias, como o fez o Tribunal Constitucional Italiano<sup>202</sup>), não sendo isto resultado da primazia (que responde apenas num caso de verdadeiro conflito de normas), mas sim pela falta de competência legislativa estatal<sup>203</sup>. Por essa razão, é fundamental a ideia de que a preempção responde apenas a questões relacionadas com divisão de competências legislativas e a primazia apenas com conflito de normas,<sup>204</sup> com as diferenças materiais que isso acarreta.

Como se afirmou, há uma clara e fortíssima influência norte-americana nos autores que estudaram a preempção<sup>205</sup> e, conseqüentemente, a divisão de competências partilhadas no sistema jurídico da UE.<sup>206</sup> Por outro lado, pela utilização terminológica feita TJUE quando se debruça sobre estas questões, arriscamos dizer que, ao lado da doutrina, também este Tribunal foi beber inspiração ao modo como se decide nos tribunais norte-americanos, ainda que isso nunca tenha sido explicitamente afirmado.<sup>207</sup>

Analiseemos esta influência norte-americana<sup>208</sup>, enquanto se expõem as diversas formas de preempção: “preempção por ocupação” (*field preemption*); “preempção por

---

<sup>202</sup> Ver *supra*.

<sup>203</sup> “*ex ante restraint by the political institutions and ex post review by the Community judicature*” Weatherill (2009), p. 22. Podendo haver uma preempção superveniente Arena, (2016), p. 6-7.

<sup>204</sup> Goucha Soares (1996), p. 223 e Schütze (2006), p. 1023-1024.

<sup>205</sup> Que tem o seu nascimento em fonte jurisprudencial.

<sup>206</sup> Arribas (2012), p. 360 nota 1116 e p. 361 dá conta que em Espanha e na Alemanha utiliza-se uma diferente terminologia, chamando competências concorrentes ao que na União Europeia se toma por partilhadas, apresentando uma interessante explicitação de uma diferença – em Espanhas as competências partilhadas são as que são divididas, como acontece o Estado Central e as Comunidades Autónomas. Igualmente sobre este conceito Klamert (2014), p.149-150, demonstrando que a norma da Constituição Alemã, que aborda o exercício das competências concorrentes, é em tudo semelhante ao artigo 2.º TFUE.

<sup>207</sup> Timmermans (2014), p. 159 realçando a utilidade do uso da figura da preempção na percepção da divisão de competências e não no conflito entre duas normas, concordando com este sentido. Weiler (1991), p. 2416 demonstra que este movimento do TJUE foi muito menos notado ao início, do que as doutrinas, utilizados pelo Tribunal, da primazia de aplicação e do efeito directo. O Advogado Geral Colomer faz referência a este termo em 2009 nas suas conclusões a um acórdão, ver Arena (2010), p. 4.

<sup>208</sup> Os exemplos de acórdãos que podem demonstrar os diferentes casos de preempção foram selecionados em Arena (2016). Schütze (2006), 1039 analisa este trio por um critério gradativo de abstracção.

obstáculo” (*obstacle preemption*) e “preempção por regra” (*rule preemption*).<sup>209</sup> Na tomada de conhecimento da existência de “preempção por ocupação” de espaço, esta divide-se entre “preempções expressas” e “preempções implícitas”<sup>210</sup>.

Em sentido diametral, teríamos as cláusulas de salvaguarda que poderiam ser expressas ou implícitas, sendo usadas pelo Direito Primário para proibir o efeito de preclusão legislativa, ou com o sentido de permitir uma resposta diferente por parte dos Estados-Membros.<sup>211</sup>

Começando pela “preempção por ocupação”, um claro exemplo é a condenação (!) a que o Reino Unido foi sujeito por ter adicionado um requisito suplementar de iluminação nos veículos automóveis, proibindo, desse modo, a circulação de veículos que não dispusessem desse dispositivo. O TJUE considerou que os requisitos teriam sido *exaustivamente* definidos pelas normas da União Europeia<sup>212</sup> (ao caso uma Directiva) – “caracter exaustivo da lista dos dispositivos de iluminação e de sinalização luminosa (...) está de acordo com o objectivo da Directiva 70/156 de reduzir, ou mesmo eliminar, os obstáculos às trocas comerciais no interior da Comunidade resultantes do facto de as prescrições técnicas imperativas diferirem de um Estado-membro para outro”<sup>213</sup>, afirmando ter ocorrido uma harmonização total. Como Ernest A. Young afirma, não pode haver nestes casos qualquer conflito de normas (onde se possa aplicar a cláusula de supremacia/primazia), já que o sistema jurídico federal não permite que haja uma norma

---

<sup>209</sup> Ainda que cumprindo diferentes propósitos, é habitual encontrar-se mais do que um tipo de preempção em argumentações jurisdicionais, Arena (2016) p. 11.

<sup>210</sup> Por interpretação do artigo 2.º TFUE e do Protocolo (n.º25) – Protocolo Relativo ao Exercício das Competências Partilhadas, deve-se considerar impossibilitadas as preempções explícitas, do modo como estas ocorrem nos EUA (Estados Unidos da América) onde o legislador federal pode explicitar que um determinado domínio fique sujeito a uma preempção por ocupação, deste modo a análise Young (2011), tendo-se criado uma presunção contra esta *field preemption*, com origem jurisprudencial no caso *Rice vs Santa Fe Elevator Corp* (p. 265). Interpreta-se, pois, o Direito da União Europeia de certo modo diferente ao praticados nos EUA, já que desta forma foi escrito o 2.º TFUE - “na medida em que não tenha exercido a sua”; o Protocolo é mais explícito em abordar a questão da divisão de competência por elementos, levando a crer que a solução mais correcta é numa análise factorial, nunca podendo haver uma ocupação ficcionada de um domínio de competência partilhada, por expressa vontade do legislador da União Europeia. Por isso inexistindo na União Europeia a figura da preempção expressa, a preempção por ocupação será sempre implícita; sobre estes conceitos Young (2011), p. 270.

<sup>211</sup> Seguimos de perto van Aaken (2007), p. 295. Apresentando uma discussão tida em sede do Supreme Court no caso *Geier* acerca deste conceito, que consideramos ter utilidade para um tema que iremos apresentar por causa do Acórdão Melloni, Young, (2011), p.285. É importante frisar que não há qualquer parelha entre directiva-regulamento e discricionariedade-preempção, assim Schütze (2006), p.117-118 e 127-128; considerando que a existência de directiva ou regulamento são “indícios neutros” para a avaliação da existência de preempção, Arena (2016), p. 17.

<sup>212</sup> Schütze (2006), p. 1038 cita a expressão “veto” para a caracterização desta preempção.

<sup>213</sup> Ac. TJUE 60/86.

com diferente sentido (caso esta norma estatal [interna] tenha de existir)<sup>214</sup> – fazendo-se facilmente a transposição para a realidade da União Europeia, onde o TJUE não avalia o grau de conflitualidade material entre normas, mas apenas a existência de uma norma com sentido diferente.<sup>215</sup>

A preempção por obstáculo é, com certeza, a mais exigente e a que deverá causar mais precauções, tanto do lado dos Estados-Membros como da União Europeia. Um bom exemplo decidido<sup>216</sup> relaciona-se com a possibilidade de, caso os Países viessem a estabelecer a possibilidade de permissão de reprodução de cópias de obras (no caso cinematográficas) para uso privado, teriam de compensar o titular dos direitos sobre a obra (Directiva 2001/29/CE 5.º2 b)). Foi perguntado ao Tribunal de Justiça se seria possível que uma lei nacional, ao estabelecer essa excepção (de permitir a “cópia privada), criasse a presunção que o valor dessa compensação devesse ser cedido para o produtor, ainda que o Direito da União Europeia afirmasse que essa compensação cabia ao titular da obra, o realizador<sup>217</sup>. O Tribunal considerou que tal presunção, como disposta pelo legislador austríaco, privaria o efeito útil da norma da Directiva, que pretendia compensar o realizador.<sup>218</sup> Para os Estados-Membros, esta forma de preempção poderá levar a que lhe seja precludida a possibilidade de legislar num determinado sentido por pôr em causa determinado objectivo (podendo este ser latamente definido) da União Europeia, disposto numa norma do mesmo domínio da matéria onde haveria a preempção ou, de ou de qualquer outro para onde se espraiam normas da União Europeia. Isto é ainda mais problemático, tendo em conta as cada vez mais complexas teias normativas deste sistema jurídico da União Europeia.<sup>219</sup> Por definição, esta análise da preempção por obstáculo baseia-se em raciocínios teleológicos, fazendo com que seja necessariamente uma discussão mais aberta, onde se sopesarão mais argumentos de sentido (valorativos e de objectivos) sendo, por esse motivo, mais incerta.

---

<sup>214</sup> Young (2011), p. 273, nota 89.

<sup>215</sup> Schütze (2006), p. 1040.

<sup>216</sup> Outro pode ser visto em Schütze (2006), 1042.

<sup>217</sup> Ac. TJUE C-277/10.

<sup>218</sup> Porventura a argumentação base para a preempção por obstáculo é a de “perigo para o cumprimento dos objectivos estabelecidos para uma determinada área” – “*Regulation No 804/68 must be interpreted as prohibiting national rules imposing a price freeze on milk-feed products for calves at the production and distribution stages since they endanger the objectives or the functioning of that common organization of the market, in particular of its price rules*” – Ac. TJUE 5/79.

<sup>219</sup> Era uma das críticas de Goucha Soares, citado em Arena (2010), p. 82.

Por esta mesma razão, sob ponto de vista inverso, a preempção por obstáculo permitirá, de todo o modo, aos Estados continuar com um regime diferenciado do regime estabelecido pela União Europeia (no caso de este existir) por uma alteração que permita, segundo a interpretação que se dê da norma (ou regime) que tenha tido a força preclusiva e dos seus objectivos, a não frustração destes. Isto fará com que se tornem dois sistemas jurídicos mais disformes e mais complexos entre si.<sup>220</sup> Numa palavra, haverá preempção por obstáculo quando a norma interna retire efectividade ao objectivo pretendido pela norma europeia/regime europeu em causa.<sup>221</sup>

Por último, a preempção por regra ocorre quando uma norma nacional estabelece o contrário de uma norma da União Europeia, ou possa *contradizer* o escopo de uma norma<sup>222</sup>. Exemplo disto é o caso de transposição do estabelecido por Directiva de fixação de um preço mínimo para uma dada exportação, ao qual tinha sido apostado, na disposição interna, uma possibilidade de a Administração decidir por um preço abaixo desse mínimo. O TJUE considerou que não seria admissível essa excepção: “A partir do momento em que a Comunidade adopta regulamentos (...) estabelecendo uma comum organização de mercado num sector específico, os Estados-membros estão obrigados a não adoptar medidas que criariam excepções ou que poderiam afectar negativamente essas regras”<sup>223</sup>.

As cláusulas de salvaguarda, pelo contrário, permitem que os legisladores nacionais possam emitir normas, tanto nos casos onde o legislador da União Europeia não tenha legislado (sendo redundante face ao regime geral do 2.º TFUE), mas especialmente quando o legislador da União Europeia tenha exercido competências no domínio de competência partilhada onde esta cláusula se aplica, sendo, portanto, esta cláusula um “trunfo” a favor do exercício da competência legislativa estatal e, nesse sentido, contra a preempção.<sup>224</sup>

Ainda sobre a mesma temática, é relevante o estudo do que a doutrina chama “harmonizações pelo mínimo”. Estas, no âmbito das competências partilhadas (sujeitas em abstracto a preempção), permitem que os Estados possam criar um regime mais aprofundado do que o definido pelo sistema jurídico da União Europeia. Neste caso, há

---

<sup>220</sup> Estas desvantagens são apontadas por Kalimo (2003), p. 49.

<sup>221</sup> Sobre isto, numa perspectiva europeia, Goucha Soares (1996), p. 227, considerando tratar-se de um conflito de competências indirecto; de igual modo Arena (2016), p. 33.

<sup>222</sup> Diferenciando-se assim da preempção por obstáculo, Arena (2016) p. 35.

<sup>223</sup> Ac. TJUE 50/76.

<sup>224</sup> Para usar a expressão de Dworkin. Dando exemplos destas cláusulas no âmbito do DUE, Schütze, (2006), 1046, nota 91.

claramente uma deferência do sistema jurídico europeu aos poderes legislativos nacionais para que possa criar, nos seus sistemas jurídicos, uma norma que, respeitando o estabelecido pelo mínimo harmonizado, possa albergar a tutela de outros interesses ou uma superiora protecção dos interesses sujeitos já a harmonização *pelo mínimo*.

Ora, como bem nos alerta Arena, podem existir no mesmo âmbito jurídico diversos regimes de preempção,<sup>225</sup> coabitados com cláusulas de salvaguarda ou harmonizações pelo mínimo, aumentando necessariamente a complexidade na resolução da questão de quem tem competência e com que limites a detém.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> Ou a percepção de qual o tipo de preempção deixar campo para dúvidas, Schütze (2006), p. 1043.

<sup>226</sup> Arena (2016), p. 16. Trazendo à colação a feliz expressão de “arquipélago de bases legais” de Weatherill (2009), p. 19.

## **6. Aplicação da doutrina da Preempção na Área de Liberdade, Segurança e Justiça**

A cooperação em matéria penal no âmbito da União Europeia faz parte do domínio do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (“A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno” artigo 3.º2 do TUE), sendo uma matéria de competência partilhada entre os Estados-Membros e a União Europeia (artigo 4.º2 j) do TFUE). Remetendo-nos de imediato para o regime do Mandado de Detenção Europeu, criado pela Decisão-Quadro 2002/584, que constitui o mecanismo horizonte deste nosso estudo, trata-se de um âmbito normativo já regulamentado pela União Europeia, através de uma Decisão-Quadro que necessitava de ser transposta pelos Estados-membros.

Usando as ferramentas teóricas acima enunciadas, constatamos tratar-se de um domínio de competências que o sistema jurídico nacional delegou (ainda que retrospectivamente, por não ter sido, uma vez mais, os sistemas jurídicos nacionais a criar esta competência da UE em específico <sup>227</sup>) no sistema jurídico da União Europeia, no qual, por acoplamento estrutural, foi preenchido por um documento normativo emanada pelo Conselho, pelas regras do IIIº Pilar, criado pelo Tratado de Amesterdão.<sup>228</sup> O sistema jurídico da União Europeia que tem o poder de controlar a actividade legislativa Estados-Membros, requereu que estes emanassem um texto normativo que permitisse a transposição da Decisão-Quadro. A partir desta Decisão-Quadro podiam nascer preempções que criariam no legislador nacional deveres de abstenção na sua actividade legiferante. Consideramos, sendo esse um dos pontos de discussão, que há, de facto, uma potencial e relevante complexidade na coabitação de preempções e cláusulas de salvaguarda, fazendo com que se adopte um regime que, permitindo em certos momentos que os Estados-membros possam ter liberdade na criação de normas neste âmbito e, noutros aspectos, sofram uma preclusão legislativa.

---

<sup>227</sup> Remetemos para o já explicado.

<sup>228</sup> Mantendo-se ainda com este Tratado uma “lógica de cooperação inter-estadual” Rodrigues (2008), p. 49; sobre os princípios institucionais que regiam este IIIº Pilar, que findou com o Tratado de Lisboa, ver a detida análise de Rodrigues (2008), p. 57-67.



Abordaremos essencialmente dois tópicos neste campo, ancorados em dois acórdãos do TJUE, Jeremy F. e Melloni. Acórdãos com resultados opostos: se no primeiro não foi considerado precludida a hipótese de o legislador francês aprofundar direitos processuais do arguido sujeito a um mandado de detenção europeu, garantindo-lhe um recurso (não imposto nem proibido pela Decisão Quadro) do veredicto de um tribunal francês referente a um pedido de ampliação do MDE<sup>229</sup> (por razão do princípio da especialidade)<sup>230</sup>, no caso Melloni, por motivo de um reenvio prejudicial feito pelo Tribunal Constitucional Espanhol em Junho de 2011, foi considerado ilegítima, segundo o regime do MDE, a existência de uma interpretação do direito a um processo judicial equitativo (disposto na Constituição Espanhola) que “subordine a execução de um mandado de detenção europeu emitido para fins da execução de uma pena à condição de a condenação proferida na ausência do arguido no julgamento poder ser revista no Estado-Membro de emissão”<sup>231</sup>.

Se no caso Jeremy F é claro que a sua discussão se situa no âmbito da divisão de competências legislativas, sob a qual o Tribunal considerou que o regime do MDE não teria precludido a competência legislativa nacional naquele ponto em específico<sup>232</sup> - “À luz do que precede, há que responder à questão submetida que os artigos 27.º, n.º 4, e 28.º, n.º 3, alínea c), da decisão-quadro devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que os Estados-Membros prevejam um recurso que suspende a execução da decisão da autoridade judiciária”-, no caso Melloni, o TJUE considerou a questão a partir do princípio do primado de aplicação, ainda que tenha apresentado uma fundamentação que poderia ser enquadrável numa raciocínio de preempção por ocupação, afirmando que “a decisão-quadro procede a uma *harmonização* das condições de execução de um mandado de detenção europeu em caso de condenação na ausência do arguido”<sup>233</sup>. Igual interpretação é conseguida através da seguinte leitura - “Como o advogado-geral observou nos números 65 e 70 das conclusões, a solução que o legislador da União escolheu, que consiste em prever *exaustivamente* os casos em que se deve considerar que a

---

<sup>229</sup> Cfr. Millet e Perlo (2015), p. 1479 que aborda a relação entre a protecção oferecida pelo sistema jurídico da União e de França.

<sup>230</sup> Sobre este princípio, ver Graça (2014), p. 53.

<sup>231</sup> Ainda que possa ter havido um hiato (“sidestep”) entre o que é perguntado pelo Tribunal Constitucional e como a pergunta é interpretada pelo TJUE, deste modo Besselink (2014), p. 6-7. Se o TCE pergunta se era possível apenas entregar a pessoa requerida, caso houvesse um novo julgamento/recurso, o TJUE respondeu que as causas de recusa eram as exclusivamente inscritas na Decisão-Quadro.

<sup>232</sup> Não obstante, o Tribunal Constitucional tinha dúvidas disso mesmo, Millet e Perlo (2015), p. 1477.

<sup>233</sup> Itálico nosso.

execução de um mandado de detenção europeu emitido tendo em vista a execução de uma decisão proferida na ausência do arguido não infringe os direitos da defesa, *é incompatível com a manutenção da possibilidade de a autoridade judiciária de execução subordinar essa execução à condição de a condenação em causa poder ser revista com o objetivo de garantir os direitos de defesa do interessado*<sup>234</sup> –, mostrando-se que o conceito de exaustão é claramente usado no sentido de ter o Legislador da União ter ocupado e, portanto, precludido o sistema jurídico nacional de deter respostas do firmado pelo DUE<sup>235</sup>.

Poder-se-á argumentar que neste segundo caso não haveria uma verdadeira norma interna que taxativamente impusesse um âmbito de protecção superior, já que a norma nacional onde se baseava este Tribunal para exigir uma maior protecção do visado tinha uma lata amplitude interpretativa.<sup>236</sup> A norma que obriga à existência de um processo equitativo tinha sido interpretada de modo a exigir a possibilidade de revisão da condenação grave, se esta tivesse resultado de um julgamento *in absentia*. O Tribunal Constitucional Espanhol tinha afirmado em anteriores decisões que tal vício não seria sanado se estivesse presente o seu advogado de defesa (como aconteceu no caso Melloni), decidindo que era indispensável a presença física do arguido. Não obstante, nestes casos o direito do arguido só não seria violado se, no caso de condenação grave, existisse a possibilidade de um recurso, que pudesse sanar as falhas processuais que adviriam da sua falta em Tribunal.<sup>237</sup> Perante esta interpretação, este Tribunal, ainda que diferenciando as situações de violação a este direito nos casos onde condenação *in absentia* tivesse ocorrido noutra jurisdição, considerou que, nesses casos (*ad extra*), ainda que a protecção devesse

---

<sup>234</sup> Itálico nosso. Arena (2016), p. 36 considera a argumentação do TJUE em Melloni um caso de preempção por regra. Salvo o devido respeito, discordamos pela exigência de haver uma relação de especialidade entre a preempção por ocupação e preempção por regra – toda a preempção por ocupação implica diversas preempções por regra (o contrário não acontece), consumindo a primeira a segunda. Pelas razões apresentadas de defender o TJUE um regime *exhaustivo* mantemos a nossa posição de que se arguiu uma preempção por ocupação.

<sup>235</sup> van Aaken (2007), p. 296, debruçando-se sobre a realidade da União Europeia

<sup>236</sup> 24.º 2 da Constituição Espanhola - “*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”.

<sup>237</sup> Pleno. Sentencia 91/2000, de 30 de Março de 2000. Recurso de amparo 3.868/1998, parágrafos 13 e 14. Este foi uma das decisões que o Tribunal citou no reenvio prejudicial que levou ao Acórdão Melloni. Tendo reafirmando esta doutrina em posteriores decisões, por exemplo em STC 199/2009. Para uma análise desta jurisprudência, que se alterou em 2014, ver Hernán (2010) que considera o STC 91/2000 *leading case* desta corrente jurisprudencial.

ser em geral menos exigente (com o objectivo de facilitar a cooperação e porque era, acima de tudo, uma decisão de outro sistema jurídico que teria, com certeza, legitimidade própria), o direito a comparecer em julgamento teria um conteúdo absoluto e, portanto, impassível de limitação, sendo uma refração directa do princípio da dignidade humana, que consistia, neste caso, na garantia a não estar exposto ao perigo de ser condenado (por outra jurisdição), sem que tivesse tido a oportunidade de corrigir, pela sua presença, as falhas existentes no processo jurídico condenatório em causa. Por conseguinte, este Tribunal considerava que a decisão de autoridades espanholas de permitir (por mecanismos próprios) a entrega seria uma “violação indirecta” do direito fundamental à comparência em julgamento, por permitir a exposição ao perigo de violação desse direito.<sup>238</sup> Este Tribunal toma como parte do fundamento da sua interpretação a jurisprudência do TEDH, onde se defende que a exposição ao perigo de violação de direitos fundamentais é censurável, ainda que, em casos de cooperação com países que não sejam Partes Contratantes da Convenção, seja um País Terceiro a violar a posição jurídica fundamental, acontecendo, por isso, fora do âmbito geográfico de aplicação da Convenção.<sup>239</sup>

Não sendo o propósito deste trabalho discutir a validade da exegese feita por este Tribunal (sendo possível defender-se que se trata de uma garantia processual

---

<sup>238</sup> STC 91/2000, parágrafo 6.

<sup>239</sup> Afirmando que, embora, a “CEDH tenha um âmbito territorial determinado, isso não liberta os Estados de todas as responsabilidades pelas consequências previsíveis que uma extradição poderia acarretar fora das suas fronteiras” - parágrafo 6 da STC 91/2000. Fala-se obviamente da jurisprudência saída do caso Soering. Poder-se-ia dizer que os casos são incomparáveis tanto na gravidade das consequências (no caso Soering haveria o risco de, após a extradição, poder a pessoa extraditada ser-lhe aplicada a pena de morte e consequentemente passar pelo “fenómeno do corredor da morte”) - (“*The alleged breach derives from the applicant’s exposure to the so called “death row phenomenon”. This phenomenon may be described as consisting in a combination of circumstances to which the applicant would be exposed if, after having been extradited to Virginia to face a capital murder charge, he were sentenced to death*”, parágrafo 81) - (parágrafo 93-99 Acórdão TEDH, Soering c. Reino Unido, 14038/88) enquanto que no caso Melloni haveria o risco de cumprir dez anos de prisão sem possibilidade de recurso na presença da pessoa requerida, tendo já tido possibilidade de contestar a decisão condenatória pelos seus advogados, ainda que na sua ausência; nessa medida, se no caso Soering, por definição, estar-se-ia em caso de um direito absoluto no contexto da Convenção, texto já por si de estabelecimento de barreiras mínimas nos direitos fundamentais e, portanto, faria que toda a extradição nesses termos fosse contrária ao sentido de justiça da generalidade dos Países Contratantes da Convenção; no caso espanhol isto manifestamente não acontecia, podendo um observador externo considerar uma idiossincrasia do sistema jurídico espanhol. Esses dois argumentos, na nossa opinião, estão em certa medida inquinados, pela razão de que, neste caso em específico, a Constituição (através da sua interpretação) toma o lugar da Convenção no caso Soering, vejamos: em ambos os casos a efectiva violação dos direitos fundamentais dar-se-ia fora do âmbito de aplicação do texto fundamento da protecção do direito. Por outro lado, ambos os casos consideram o direito em causa como absoluto com refração num valor fundamental como é a dignidade da pessoa humana, tomando o comportamento exterior como atentatório dessa dignidade, um pela possibilidade de sofrer tratamento desumano ou degradante pelo “fenómeno do corredor da morte” e outro pela violação do conteúdo essencial do direito às garantias de defesa e ao processo equitativo.

consideravelmente exagerada – como consideraram juízes do Tribunal Constitucional Espanhol, em voto vencido na Sentença 91/2000), a agulha da discussão estará apontada à abertura que o sistema jurídico da União Europeia deverá ou não ter perante uma norma do sistema jurídico nacional – acrescentando este Tribunal Constitucional que se tratava do conteúdo essencial do direito de defesa.<sup>240</sup> É de maior relevância afirmar que o Tribunal Constitucional Espanhol, após o Acórdão do TJUE neste caso, alterou a sua doutrina, colocando-se em linha com o defendido tanto pelo TJUE como pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), onde ambos defendem que haveria um direito a estar presente em julgamento, sem que este fosse tomado absoluto, não considerando existir violação ao se se tratasse de uma ausência voluntária – como se prova no caso em questão.

Não obstante, e por novas situações que poderão ser conhecidas no ELSJ da UE e pela razão que, à data do Acórdão do TJUE, o sistema jurídico espanhol era interpretado pelo seu Tribunal Constitucional de uma forma mais exigente (requerendo um direito processual mais estrito do que o imposto pelo TJUE e pelo TEDH) consideramos ser relevante destringir alguns pontos desta problemática.

Em primeiro lugar, há um relevante hiato de perspectivas entre o TJUE e o TCE (Tribunal Constitucional de Espanha), exponenciado pela alteração que ocorreu em 2009 à Decisão-Quadro 2002/584, com a aprovação da Decisão Quadro 2009/299/JAI. O TJUE enquadrou neste caso a questão (à primeira vista) sob ponto de vista das causas de recusa de cooperação (*rectius*, de entrega da pessoa requerida). Antes da Decisão Quadro 2009/299/JAI<sup>241</sup>, e por isso, de acordo com a DQ MDE de 2002, o Estado de Execução do MDE poderia apor à entrega a condição de se garantir o direito a um recurso ou a novo julgamento, no caso de ter sido condenado *in absentia*. Após a entrada em vigor da alteração ao regime do MDE foi considerado tratar-se de uma causa de recusa (que seria possível caso tivesse sido julgado sem a sua presença, ainda que com relevantes exceções), mantendo o TCE a mesma perspectiva sobre o caso já que, para este Tribunal, tratava-se de um problema de direitos fundamentais, sendo a recusa uma consequência da violação da posição jurídica fundamental – aqui residindo o hiato.

Nos diversos considerandos da DQ aprovada em 2009, abordam-se algumas insuficiências do regime anterior que se relacionam com a possibilidade de serem exigidas

---

<sup>240</sup>Podendo, pois, ser discutido isto no próximo capítulo, onde estudar-se-á a relevância das identidades constitucionais estatais no sistema jurídico da União Europeia.

<sup>241</sup> Chamando à atenção para a falta de democraticidade (para os padrões actuais da UE) destas Decisões-Quadro, herdeiras do III.º Pilar, Besselink (2014), p. 13, considerando ser apenas “formalmente legislação”.

diversas garantias ao cumprimento do direito à comparência, podendo estas ser avaliadas pelo Estado de Execução (considerando n.º 3), alterando-se para uma condição de não execução do pedido de entrega, baseada em factos. O considerando n.º 14 é essencial para se perceber como o Conselho transposta a questão de um direito individual a não ser entregue caso não haja um direito de recurso em casos de julgamentos *in absentia* para uma questão de não reconhecimento de pedido de outro Estado-Membro.<sup>242</sup> O raciocínio é o seguinte: caso o Estado de execução tenha transposto esta causa de recusa e o arguido seja julgado sem que tenha estado presente na fase de julgamento, não se cumprindo, de facto, nenhuma das alíneas a) a d) (podendo apenas cumprir-se uma), ser-lhe-á legítimo não cooperar com o Estado de emissão, recusando a entrega.

Deste modo, ainda que não explícito no texto da norma, definiu-se na DQ um direito ao julgamento e o seu âmbito. Este será salvaguardado caso esteja presente em julgamento, tenha direito ao recurso ou seus mandatários tenham estado presentes em julgamento, enquadrando-se ainda neste caso ter abdicado do direito, não interferindo com a existência efectiva desta tutela. Ora, é na definição do direito à comparência em julgamento que o Tribunal Constitucional Espanhol considerou que seria essencial que o arguido estivesse presente ou, caso isso não acontecesse, que houvesse um momento processual posterior à condenação que lhe permitisse suprir as falhas subjacentes à sua falta em julgamento – tendo igualmente considerado que a violação desta possibilidade atentaria contra a dignidade da pessoa humana. Mas voltando à norma da União Europeia, fica claro que a DQ MDE (tanto o texto normativo original como após a sua alteração) estabeleceu o direito à comparência julgamento e definiu o seu âmbito de protecção, como fez o Tribunal Constitucional, ainda que de um modo mais protector. Tanto o fez o legislador da UE, que estabeleceu o mesmo regime para o direito do arguido ao julgamento na Directiva (EU) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Março de 2016. Numa palavra, o TJUE e o TCE abordam o mesmo direito, ainda que usando ponto de vistas dispares. Não é mais do que o estabelecido no Acórdão Melloni quando argui que a

---

<sup>242</sup> “A presente decisão-quadro limita-se à definição dos motivos de não reconhecimento nos instrumentos relativos à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo. Por conseguinte, disposições como as relativas ao direito a novo julgamento têm um âmbito limitado à definição desses motivos de não reconhecimento. Não têm por objecto harmonizar as legislações nacionais. A presente decisão-quadro não prejudica os futuros instrumentos da União Europeia destinados a aproximar as legislações dos Estados-Membros no domínio do direito penal”

solução espanhola levaria a “pôr em causa a uniformidade do padrão de proteção dos direitos fundamentais definidos por esta decisão-quadro”.<sup>243</sup>

---

<sup>243</sup> Parágrafo n. 63.

## 7. Directiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Março de 2016

A Directiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Março de 2016 enquadra-se num movimento claro da União Europeia transversal às suas diversas Instituições<sup>244</sup>, que tem por objectivo aumentar a confiança entre os Estados Membros no que concerne a uma política comum de cooperação policial e judiciária em matéria penal. Esta forma de cooperação baseia-se no princípio do reconhecimento mútuo das acções das autoridades judiciárias de cada Estado Membro, fazendo com que cada decisão tomada em matéria penal (independentemente da sua origem) tenha a mesma aceitação e força vinculativa em todo o espaço da União Europeia (artigo 67.º do TFUE).<sup>245</sup> Em 2004, o Conselho Europeu emitiu o Programa da Haia onde se afirma a importância de “garantir os direitos fundamentais” e “as salvaguardas processuais mínimas”, revelando já a ideia que esta confiança mútua seria incrementada com “a definição de normas equivalentes aplicáveis aos direitos processuais no âmbito dos processos penais”<sup>246</sup>. Cumpria-se assim o impulso político que estava atribuído ao Conselho Europeu, num ambiente ainda prematuro para essas mudanças, já que se deparava com um Tratado da União Europeia mais parco relativamente a estas matérias (art. 31.º TUE-Nice) e com a Carta dos Direitos Fundamentais ainda sem o seu valor jurídico actual, já que apesar de ter entrando em vigor em 2000, só com o Tratado de Lisboa deteria o mesmo valor jurídico que os Tratados.<sup>247</sup>

Em 2009 são aprovados dois documentos importantes que têm como conteúdo em comum uma exigência de estabelecimento de melhores garantias aos arguidos: uma Recomendação do Parlamento ao Conselho e uma Comunicação da Comissão<sup>248</sup>. Estes documentos são claros catalisadores da Resolução do Conselho que aprova o Roteiro para

---

<sup>244</sup> Art. 13.º 1 do Tratado da União Europeia (doravante TUE)

<sup>245</sup> Antunes (2015), p. 21

<sup>246</sup> Não se esquecem os antecedentes como o Programa de Tampere, embora num sentido muito embrionário; ainda anterior a este Programa, damos nota de uma *avant la lettre* Comunicação da Comissão, que em 1998, alertava para as desigualdades quanto às garantias mínimas dadas aos arguidos em processo penal nos vários Estados, p. 9, COM(1998) 459; a Comunicação da Comissão COM(2000) 495 demonstrava, no seu ponto 10, uma preocupação com as garantias processuais dos arguidos com o avançar da cooperação entre os Estados-membros, ideia muito difundida na Doutrina, cfr. Caeiro (2015) p. 8. Preocupação vincada novamente em COM (2005) 195.

<sup>247</sup> Relembre-se o período conturbado para Europa com a não aprovação do Tratado Constitucional.

<sup>248</sup> Respectivamente, (2009/2012 (INI)) ponto 1 a) e COM (2009) 262 ponto 4.2.2

o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais<sup>249</sup>, propulsor de uma actividade legislativa pela Comissão ( 17.º TUE). Naquele documento, o Conselho convida a Comissão a propor textos normativos com os objectivos descritos nesse Roteiro, a saber: tradução e interpretação, patrocínio judiciário, o estabelecimento de garantias para que o arguido tome conhecimento dos seus direitos, etc. Eram estas as matérias que o Conselho considerava, ao tempo, prioritárias, não negando a possibilidade de esta lista poder sofrer acrescentos, com a tutela de outros direitos processuais (ponto 2 do Roteiro).

O direito a comparecer em julgamento nunca fez parte explicitamente dos documentos políticos orientadores da actividade legiferante da União Europeia, como aconteceu com a presunção de inocência, sobre a qual o Conselho Europeu foi explícito na sua vontade de ver implementado um regime mínimo nessa matéria<sup>250</sup>, o que pode levar a crer que este direito à comparência tinha a definição do seu, tanto no âmbito como na intensidade de protecção, já estabilizado também pelo regime do MDE.

Em 2013, a Comissão apresenta uma proposta de Directiva<sup>251</sup> e três anos depois é aprovada pelo Parlamento e pelo Conselho o texto final da Directiva, ainda que com algumas alterações de escrita relevantes relativamente à proposta: os artigos 8.º e 9.º da proposta seguiam integralmente o estabelecido na Decisão Quadro 2009/299, ainda que com uma perspectiva inversa baseada no direito.<sup>252</sup> Não obstante as alterações na escrita, não tendo o sentido material da Directiva sido alterado relativamente à proposta inicial, isso significa que o âmbito de protecção do direito à comparência em julgamento estava estabilizado normativamente pelo sistema jurídico da União Europeia logo em 2002 com a Decisão Quadro que criou o Mandado de Detenção Europeu.

Este enquadramento histórico de como as Instituições se envolveram com estas propostas parece-nos relevante pois permite perceber que já desde o início do novo milénio se verificava a necessidade de criar parâmetros mínimos em garantias processuais, para que a confiança entre os Estados-Membro fosse *de facto* sentida, para que não surgissem motivos para que se colha o reconhecimento mútuo futuro por um desconfiança *inter*

---

<sup>249</sup> (2009/C 295/01)

<sup>250</sup> Ainda que se possa argumentar que este direito de comparecer em julgamento seja parte do direito a um processo equitativo. Esta ideia parece não ter muita força, já que perante o Roteiro, tendo o Conselho Europeu acrescentado o direito à presunção de inocência, não o fez relativamente ao direito aqui estudado de comparecer em julgamento.

<sup>251</sup> COM (2013) 82.

<sup>252</sup> Sobre esta proposta (Antunes 2015).



*partes*, que terá como consequências a diminuição da vontade na criação de novas formas de cooperação e uma actividade jurisdicional potencialmente problemática<sup>253</sup>, sendo isto afirmado no artigo 82.º 2 TFUE no corpo do texto e com a alínea b) desse artigo. Não obstante, ter-se-á sempre de concordar, que há um *plus* intencional que não contende apenas com esta cooperação<sup>254</sup>, mas também, parece-nos, com a protecção efectiva dos cidadãos europeus (6.º TUE). Por via do 82.º TFUE e do próprio 6.º TUE fica salvaguardada a competência *lato sensu* da União para legislar sobre estas matérias, não havendo, pois, violação do princípio da atribuição (5.º 1 e 2 TUE)<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Tendo isto como pressuposto de que a actividade legislativa pode fazer incrementar os níveis de confiança. Sobre isto Wischmeyer (2016), p. 346. Fazendo esta dinâmica comparação Rodrigues (2008), p. 255. Consideramos que esta confiança terá um efeito apenas diferido no sistema jurídico da União Europeia.

<sup>254</sup> Como afirma Caeiro (2015), p. 10 A leitura contrária podia ser sempre feita pois é a que seria mais consentânea com uma visão mais holística destas propostas. As duas leituras não nos parecem excludentes pois poder-se-á sempre afirmar que a garantia de um ponto mínimo na defesa dos cidadãos arguidos é a condição para uma próspera confiança.

<sup>255</sup> Sobre isto, Gorjão-Henriques (2010), p. 375-382. É importante, neste âmbito, dar conta da não linearidade desta conclusão. Ainda que fuja a este âmbito do estudo, pensamos que merece alguma discussão acerca da possibilidade de os direitos fundamentais (onde a Carta dos Direitos Fundamentais se insere por excelência) poderem ser fundamento e base de uma competência legiferante da União. A Carta dos Direitos Fundamentais no artigo 51.º2 afirma que não pode justificar a criação de novas atribuições ou competências. Assim ter-se-á de concluir que esta competência terá de advir dos Tratados. Esta ideia é repetida pelo artigo 6.º1 do Tratado da União Europeia. Não podendo a Carta *per se* Dubout, (2014), p. 198 criar competências, sendo condição da legalidade dos actos comunitários, fica a questão de haver competência para a União legislar em matérias onde não é clara a existência de uma competência legislativa autónoma que permita que se aplique a Carta (e apesar do Acórdão Akeberg Fransson que estende para limites teleológicos a aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais esta ainda tem um papel de “escudo” Caeiro (2015), p. 9 ou de “sombra das regras substantivas da UE” -feliz expressão de Lenaerts e Gutiérrez-Fons, citados em Sarmiento (2013), p. 1278. É defensável que os Tratados apenas tenham atribuído competência às Instituições Europeias para definir legislação em situações em que se constate situações transfronteiriças. Diz o artigo 82.º2 “Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento e o Conselho (...) podem estabelecer regras mínimas”. Caeiro (2015), p. 9-11 aborda esta questão e oferece um sentido de resposta que nos parece válido – indica que, apesar de poder não haver natureza transfronteiriça, a confiança nos outros sistemas jurídicos sai reforçada pela existência generalizada de um sentido europeu de protecção de direitos fundamentais que impende sobre todos os regimes jurídicos nacionais e, portanto, caindo ainda no escopo de “facilitar o reconhecimento” inter-estatal. Outras possíveis soluções têm que ver com a proibição de discriminação que ocorreria através de criação de um regime que só pudesse ser aplicado a casos de cooperação transfronteiriça relativamente aos casos puramente internos, exigindo-se que estendesse a todos os casos conhecidos pelos tribunais. Por último, poder-se-á justificar esta extensão a casos puramente internos pela doutrina Ruiz Zambrano e Rotmann, afirmando que o cidadão europeu seria em si um estatuto que não teria mais que ver com a utilização anterior da liberdade de circulação. Sobre estes dois acórdãos, Sarmiento (2013), p. 1272 e Dubout (2014), p. 201-202. Uma outra forma de prever esta abertura a casos puramente nacionais é por uma ideia de compensação, Dubout (2014), p. 204 – “a situação de os cidadãos estáticos, em contraste com os cidadãos “móveis”, que tiveram a sorte ou providência de cruzar a fronteira com outro Estado membro. É possível de se defender que os primeiros deveriam receber algum tipo de protecção mínima pelo sistema, que decidiu retirá-los do sistema de protecção”.

O modo de aprovação desta Directiva obedeceu ao processo legislativo ordinário, tal como cominava o artigo 82.º 2 do TFUE.<sup>256</sup> A Comissão do Parlamento encarregue de elaborar o Relatório que serviria de base à primeira leitura do Parlamento à proposta da Comissão decidiu, após aprovação desse mesmo Relatório, abrir negociações com a Comissão e com o Conselho com vista ao consenso entre estas três Instituições (“trílogo”) sob o teor do texto final, como permitido pelo 295.º TFUE e pelo Regimento do Parlamento Europeu no artigo 73.º. Esse texto foi novamente aprovado pela Comissão, pelo Plenário do Parlamento e, posteriormente, pelo Conselho.<sup>257</sup>

Nos artigos 8.º e 9.º desta directiva estabelece-se directamente um direito ao arguido de comparecer em julgamento (aceitando-se que o direito é preservado, caso o arguido tenha dele abdicado), ou caso isto não aconteça, um direito a recurso ou a novo julgamento. Esta Directiva baseia-se, como já se disse, na competência atribuída pelo artigo 82.º 2 b) do TFUE, tendo de ser transposto para o sistema jurídico interno dos diferentes Estados-Membros. Neste artigo 82.º 2 do TFUE refere-se de que estas Directivas estabelecerão regras mínimas. A Directiva em questão, no artigo 13.º vai no mesmo sentido<sup>258</sup>, assim como o Considerando 48<sup>259</sup>. De forma consentânea com o Considerando agora citado, o último parágrafo do artigo 82.º 2 do TFUE esclarece que “A adopção das regras mínimas referidas no presente número não impede os Estados membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de protecção das pessoas”.

Revedo os conceitos do estudo sobre a preempção, e salvo melhor opinião, a figura das “regras mínimas” é um caso de harmonização pelo mínimo e o último parágrafo do artigo 82.º 2 TFUE é representativa de uma cláusula de salvaguarda. Os dois individualmente e em simultâneo obrigam à recusa da definição legislativa desses âmbitos

---

<sup>256</sup> Sobre este modo de adopção (que era até o Tratado de Lisboa tido como procedimento de codecisão, pela paridade entre o Conselho e o Parlamento Europeu) de um texto normativo os artigos 294.º e seguintes do TFUE e Gorjão-Henriques (2010), p. 290-296.

<sup>257</sup> Cfr. Documento do Acordo -12999/15 DROIPEN 116 COPEN 269 CODEC 1339. Este procedimento terminou em 11 de março de 2016 com a publicação oficial.

<sup>258</sup> “Nenhuma disposição da presente diretiva pode ser interpretada como uma limitação ou derrogação dos direitos e garantias processuais garantidos pela Carta, pela CEDH e por outras disposições aplicáveis do direito internacional ou pela lei de qualquer Estado-Membro que faculte um nível de proteção superior”.

<sup>259</sup> “Uma vez que a presente diretiva estabelece normas mínimas, os Estados-Membros deverão poder alargar os direitos nela previstos a fim de proporcionar um nível de proteção mais elevado. O nível de proteção concedido pelos Estados-Membros não deverá nunca ser inferior às normas previstas pela Carta e pela CEDH, tal como interpretadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”. Por essa razão não se poderá fazer a comparação com o decidido no caso *Hedley Lomas*, Ac. TJUE 5/94 parágrafo 18, que diz que deixariam de ser possíveis derrogações por razões de interesses legítimos quando existisse uma harmonização das formas de protecção desses interesses. No caso *Melloni* isto não acontece, porque não houve uma intencionalidade de harmonização, mas sim o estabelecimento de uma protecção mínima.

(no caso, os direitos processuais do arguido) como “exaustiva”<sup>260</sup>. O 82.º2, ao definir as regras como mínimas e ao estabelecer também uma cláusula de salvaguarda demonstra que se quis estabelecer um limite à competência legislativa da União, numa matéria onde esta poderia normativamente precluir a competência legislativa, por estarmos num domínio de competência partilhada. Assim é para nós totalmente claro que o sistema jurídico da União Europeia permitiu que fosse possível estabelecer nos sistemas jurídicos nacionais um regime mais favorável ao arguido, sem que isso fosse passível de censurabilidade por parte do sistema jurídico da União Europeia.<sup>261</sup>

Tanto a harmonização pelo mínimo como a cláusula de salvaguarda demonstram-se como fortes argumentos e “trunfos” contra a preempção por ocupação, defendida pelo TJUE no caso Melloni, quando aborda as causas de recusa à entrega. Diz-se isto pelo raciocínio já aduzido da simbiose material entre o direito ao julgamento e a causa de recusa, sendo um espelho do outro. Explicando: se a causa de recusa se estabelece ao nível do direito à comparência em julgamento estabelecido (indirectamente mas ainda assim existente) pela Decisão-Quadro e expressamente transposto para a Directiva (e em referência à Carta, como é dito no Acórdão Melloni) e se o sistema jurídico da União Europeia permite explicitamente que os Estados decidam livremente por um mais exigente e protector nível de protecção do arguido, isso só pode significar que, neste caso, a causa de recusa deverá acompanhar o nível protecção do direito fundamental utilizado pelo sistema jurídico espanhol.

---

<sup>260</sup> Cfr. Duarte (1997) p. 339; Timmermans (2014), p. 157-158 e Gasaway e Parrish, (2007), p. 222. Este último autor faz a ligação entre harmonização pelo mínimo e o conceito de *standard*, p. 227. Arena (2016), p. 16 fala na harmonização pelo mínimo como uma ‘*negative indicia*’ da existência de uma preempção por ocupação. Concordando com a nossa perspectiva, Sicurella (2016), p. 69.

<sup>261</sup> Partilhando da mesma ideia, ainda que considerando um artigo passível de criar interpretações dúbias, Monte e Whyte (2016) p. 429-430.

## 8. Artigo 53.º CDFUE

Com esta interpretação do 82.º TFUE, o artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ganha renovado sentido.

Este artigo insere-se num documento emanado do Conselho Europeu de Nice, em Dezembro de 2000, com uma origem e eficácia meramente política (ainda que na sua criação tenha sido inovadora na forma como foi elaborada e discutida, tendo isto sido feito por Convenção, com a presença dos Parlamentos Nacionais<sup>262</sup>), sendo que só se tornou juridicamente eficaz e invocável a partir de 1 de Dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, por força do artigo 6.º do Tratado da União Europeia.<sup>263</sup> A Carta reconheceu um conjunto de direitos fundamentais, explicitando num único documento o trabalho jurisprudencial já conseguido pelos Tribunais da União Europeia, garantido, neste ponto, maior cognoscibilidade e comprometimento político.

Não é difícil demonstrar a complexidade com que se depara o exercício interpretativo deste artigo 53.º Isto é facilmente verificado pelas inúmeras teorias e correntes dogmáticas que este permite gerar, num espectro de autores em que uns defendem a perniciosidade do mesmo, outros arguem uma utilidade jurídica e ainda leva alguns autores entender que se trata apenas de uma afirmação política, sem que haja grandes consequências para a análise da Carta ou do sistema jurídico da União Europeia em geral.

Em resumo, os autores que defendem o perigo do artigo, fazem-no pela demonstração de que, pela sua escrita disforme à intenção do Legislador, poderia levar a crer um sentido que colocaria em perigo a primazia do Direito da União Europeia face aos sistemas jurídicos nacionais. Apresentam estes autores três grandes razões, a saber: o grande *leitmotiv* da Carta foi sempre estabilizar o estabelecido e pacificado na jurisprudência do TJUE<sup>264</sup>, nunca tendo esta posto em causa a doutrina da primazia<sup>265</sup>; em

---

<sup>262</sup> Maduro (2006), p. 301-302

<sup>263</sup> Schutter (2014), p. 1627-1628 considera que a verdadeira alteração paradigmática não aconteceu em 2009, mas em 2000, pela criação de uma cultura de protecção dos direitos fundamentais que se incluiria na concepção das Instituições Europeias. Para este autor, a actividade jurisdicional do TJUE era ainda incerta e pouco conhecida, sendo importante dar-se legitimidade política ao reconhecimento dos arestos do TJUE nessa matéria; por outro lado a Carta serviria de impulso a uma actividade legiferante neste âmbito, com as devidas ressalvas já abordadas; por outro lado a Carta permitiu um maior controlo de uma efectiva garantia de protecção dos direitos fundamentais nos Estados-Membros (p. 1628-1636). Do mesmo modo Maduro (2006), p. 306.

<sup>264</sup> Maduro (2006), p. 306.

segundo lugar, baseiam-se nos trabalhos preparatórios, arguindo que nenhuma vez foi querido que a primazia pudesse ser posta em causa, tendo sido lançadas versões de trabalho que melhor salvaguardariam esse ponto. Neste âmbito de aferição do argumento histórico, afirmam de que, neste caso, perante tão brutal divergência com o até agora existindo pelo TJUE no sistema jurídico da União Europeia, se de facto fosse pretendido alterar e cercear a primazia deste sistema, o Legislador teria sido mais preciso na explicitação dessa intenção<sup>266</sup>. Por fim, apresentam o argumento material da necessidade da primazia, para que o DUE seja, de facto, eficaz, não podendo este coexistir com níveis diversos de protecção.<sup>267</sup>

Uma outra forma de ver o artigo 53.º CDFUE consiste em atribuir-lhe um sentido e objectivo políticos ( e nada mais), considerando-se que apenas se afirma que não poderia ser usada a Carta como argumento que os Estados-Membros teriam limitado a protecção dos direitos fundamentais, num âmbito puramente interno, ao definido pela mesma - com o sentido de se deixar claro que este documento não substituiria as Constituições<sup>268</sup> “nos respectivos âmbitos de aplicação” (*rectius*, situações puramente internas, segundo esta corrente). Esta corrente doutrinal apresenta o paralelo com a semelhante norma da CEDH,

---

<sup>265</sup> Fugindo do âmbito deste estudo, os autores são claros na resenha histórica – quis o Tribunal incorporar os direitos fundamentais no sistema jurídico para que a primazia não fosse mais posta em causa, como tinha sido pelo Tribunal Constitucional Alemão e Italiano. Essa adição ao seu Direito fez-se pela exegese das tradições constitucionais comuns, permitindo que ganhasse proximidade a estes e ao mesmo tempo estatuto para que mais serenamente se pudesse afirmar a impossibilidade de o DUE ser contestado ou avaliado de acordo com o Direito Nacional, especialmente as normas constitucionais. Neste movimento jurisdicional, os acórdãos emblemáticos são Stauder (C-29/69); Internationale Handelsgesellschaft (11/70), Nold e Wachauf (5/88). Sobre esta história, por exemplo, Muñoz Machado (2015), p. 197-200; Maduro (2006), p. 328-329; Pernice (1999) p. 718 e Sarmiento (2013), p. 1270. Sobre como o conceito de tradições constitucionais comuns, presente no artigo 6.º TUE é conseguido, por todos (Maduro (2007), p. 5-7 e Llórent (2002), p. 48 afirmando que o TJUE não pode tomar todas as reivindicações constitucionais – escolhendo aquelas onde obterá maior acordo, numa perspectiva pragmática. A existência da Carta, ainda que por mero reconhecimento do já decidido pelo TJUE, garante uma maior legitimidade própria à actuação da UE, assim, Maduro (2006) p. 331.

<sup>266</sup> Witte (2014), p. 1531-1532 e Pernice (-) p. 23; de um modo detido sobre este percurso negocial na Convenção, Liisberg (2001) p. 1-22 – fazendo um breve apanhado: discutiu-se se deveria fazer menção aos sistemas nacionais nesta norma (e se como um todo, se só apenas as normas constitucionais, considerou-se que seria importante que a Carta não entrasse em conflito com a CEDH. Por fim, o autor não encontra explicação histórica para que se tenha incluído a expressão “nos respectivos âmbitos de aplicação” que não seja a repetição do preceito 51.º 1 e 2 CDFUE. Um ponto interessante foi a Comissão ter comunicado que não seria necessário que os Estados alterassem as respectivas Constituições para que pudessem albergar nas suas comunidades políticas (expressão nossa) nesta Carta. O próprio autor desta análise ao processo legislativo retira peso argumentativo a este argumento histórico, baseado numa interpretação subjectivista, por muitas das vezes ser controverso (p. 19-20). Neste âmbito é importante frisar a diminuta importância dada pelo TJUE a uma interpretação subjectivista das normas da UE

<sup>267</sup> Liisberg e Pernice (-) p. 37 consideram que este artigo ser corrigido.

<sup>268</sup> Witte (2014), p. 1527 toma o artigo neste sentido, sem que seja a única utilidade que este autor encontra no mesmo.

que teria o mesmo propósito.<sup>269</sup> Com este sentido, isso significaria que este artigo seria totalmente redundante face ao artigo 51.º do mesmo documento, já que este deixa bem claro que a Carta só tem o seu campo de eficácia “apenas quando [os Estados] apliquem o direito da União”<sup>270</sup>.

Por fim, uma terceira interpretação atribui a este artigo o significado de existência de uma permissão a que, caso os outros sistemas jurídicos (enunciados na norma) utilizassem um nível superior, este deveria ser o seguido, argumentando pelo nível máximo no caso concreto, a decidir ou pelo TJUE ou pelo Tribunal Nacional. Para esta corrente, o artigo 53.º funciona, no âmbito das competências partilhadas, como critério interpretativo e como regra de conflitos.<sup>271</sup>

Conhecidas estas três correntes, apresentaremos a nossa visão. A nossa interpretação baseia-se em três pressupostos: não repetição do afirmado em outro artigo da mesma Carta; não ser nem uma norma de conflito nem uma norma de competência<sup>272</sup> e referir-se apenas à Carta e aos direitos fundamentais nela reconhecidos. O primeiro ponto foi já abordado – não faz sentido que o artigo 53.º repita o disposto no artigo 51.º; o segundo e o terceiro devem ser explicados em conjunto: a Carta, como já foi dito, aplica-se em todas as situações em que tanto as Instituições Europeias como os Estados agem no escopo do DUE<sup>273</sup>, não detendo nem mais nem menos amplitude que o âmbito do artigo 6.º TUE<sup>274</sup>. Se na maioria das vezes é apenas a “sombra” do direito substantivo, casos haverá (o 82.º TFUE é um deles) em que se assume um papel de ligação a legislação sobre direitos fundamentais, sendo a Carta nesses casos, referência<sup>275</sup> mínima de protecção na concretização dessas normas.

Em casos de aferição da legitimidade das normas substantivas programáticas (função “sombra”), o artigo 53.º permite que se aplique um nível superior ao definido na Carta, se este estiver inscrito no “direito da União”, “direito internacional”, nas

---

<sup>269</sup> Liisberg (2001), p. 17 e p. 36-39, sendo que a Comissão afirma o mesmo.

<sup>270</sup> Llórent (2002), p. 43-44 - “*En este precepto desconcertante, introducido para acallar los temores de quienes podrían pensar que la Carta anulaba o podría anular la eficacia protectora de las Constituciones nacionales*” que considera tratar-se de uma norma vazia de sentido. Discordando desta análise Garcia (2002) p. 23, nota 96 e Canotilho (2008), p. 124.

<sup>271</sup> Entre nós, Canotilho (2008), p. 176ff.

<sup>272</sup> Não tendo competência (salvo o pleonasma) para isso. Não considerando tratar-se uma norma de conflito, Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2014), p. 1587. Pernice (-) p. 23 considera o mesmo, mas num sentido interpretativo oposto.

<sup>273</sup> Doutrina saída do Ac. TJUE Ac. Akeberg Fransson.

<sup>274</sup> Assunto já abordado, ver *supra*.

<sup>275</sup> Considerando nº1 da Directiva 2016/343.

“Convenções Internacionais” ou nas “Constituições dos Estados Membros” e se o sistema jurídico da União Europeia tiver permitido que fosse eficaz e aplicável uma mais efectiva protecção do direito fundamental, podendo essa permissão dar-se por uma deferência em geral ou a um sistema jurídico em específico - nos “respectivos âmbitos de aplicação”. Claro que esta interpretação não dissipa todas as dúvidas – porque se faz menção à “Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem” [CEDH]? Parece-me que aqui o Legislador disse mais do que o pretendido – não pode fazer sentido afirmar-se que a protecção estabelecida na CEDH é igual à da Carta e depois afirmar que a Carta não restringe ou lesa os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos na CEDH (52.º e 53.º CDFUE). Além deste contrassenso, estar-se-ia a repetir a ideia do 51.º1, se fosse para não restringir a aplicação da CEDH fora do âmbito do DUE.

Ainda assim, a nossa hipótese não explica a pormenorização das Constituições Nacionais no artigo 53.º, quando poderia estar explicitado o conceito de “direitos nacionais”, como acontece com o “direito da União”.<sup>276</sup> Reconhecendo esta limitação, consideramos ainda assim de seguir esta nossa hipótese, por ser aquela que permite dar um sentido útil à norma, ao mesmo tempo que se mostra uma construção capaz na função de explicitar de como os sistemas jurídicos nacionais, caso tenham essa deferência por parte do DUE (*maxime* pelo Direito Primário da UE), podem “ultrapassar” a Carta, tendo o artigo 53.º o sentido de não obstar a essa deferência, permitindo a não aplicação da Carta, ainda que os Estados-Membros ajam no escopo da União (deixando de ser aplicada como “sombra” dessa actuação).<sup>277</sup>

E, portanto, diz apenas o artigo 53.º que “nenhuma disposição da presente Carta” deve impossibilitar a aplicação de um nível de protecção superior ao providenciado pela mesma, se estivermos num determinado âmbito de aplicação onde seja dada a competência

---

<sup>276</sup> Não fazendo sentido tomar esta expressão como “tradições constitucionais comuns”, por ser, deste modo redundante face ao artigo 52.º4 da Carta. Dando eco desta opinião Canotilho (2008), p. 162.

<sup>277</sup> Veja-se os casos em que se defende consensualmente a existência de discricionariedade na esfera estatal (por exemplo definida nos acordãos Akeberg e Jeremy F. Pérez (2014), p. 328-329 apresenta a sua visão do artigo 53.º da Carta de um modo que permitiria, por si, a aplicação de um regime mais favorável na protecção dos direitos fundamentais, caso não existissem interesses ou direitos que tivessem de prevalecer perante o nível superior do direito fundamental em causa; do mesmo modo Duarte (2005), p. 860. Embora a proposta da autora e a nossa possam coincidir, consideramos que a primeira tem pouca refracção no texto do artigo 53.º, tendo para nós um objectivo mais modesto. Seguindo a doutrina da protecção máxima no contexto de interpretação do Projecto do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa que tinha incorporado a Carta no Tratado e que mantinha a escrita do artigo 53.º, Quadros (2005), p. 695.

a um sistema jurídico para definir esse mesmo nível (se superior, claro).<sup>278</sup> Numa palavra, caso essa competência seja atribuída por exemplo ao sistema jurídico nacional, pela Carta não existirá qualquer tipo de impedimento à sua não aplicação nesses casos<sup>279</sup>, no âmbito do escopo do Direito da União Europeia.<sup>280</sup>

Esta solução permite dar um sentido útil à interpretação do artigo 53.º, caso o Legislador da União defina em Directiva uma protecção superior ao definido na Carta – a Carta não obstará a essa definição, naturalmente porque o sistema jurídico da União decidiu que esse *standard* superior seria aplicado “no seu respectivo âmbito de aplicação”.<sup>281282</sup>

O TJUE, em Melloni, tomou este artigo 53.<sup>o283</sup> de um modo duplamente instrumental em favor de uma interpretação que fez da Decisão-Quadro. Afirma que a expressão “nos respectivos âmbitos de aplicação” tem o significado de “medidas nacionais de execução”,<sup>284</sup> ao mesmo tempo que acrescenta uma exigência face à possibilidade de os sistemas jurídicos da União Europeia poderem utilizar regimes de protecção mais elevados que tem que ver com a necessidade de garantir “o primado, a unidade e a efetividade do

---

<sup>278</sup> Neste sentido Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2014), p. 1592, atribuindo a competência de definir âmbitos de aplicação de níveis nacionais superiores ao DUE.

<sup>279</sup> Caplan (1983), p. 227-228 interpreta desta mesma forma, pela protecção dos direitos fundamentais estabelecidos pelos Estados enquanto não forem estes sujeitos a preempção federal. Na perspectiva da União, Muñoz Machado (2015), p. 218 e Sánchez (2013), p. 1148.

<sup>280</sup> Porque mesmo havendo discricionariedade, estão ainda no âmbito da aplicação do Direito da União Europeia, Hancox (2013), p. 1417, não se enquadrando nos casos decididos em Annibaldi e Siragusa. Sobre esta corrente jurisprudencial que limitou o conceito de escopo da União do acórdão Akeberg Dougan (2015), p. 1233-1237.

<sup>281</sup> Gomes Canotilho fala aqui de uma “cláusula de não retrocesso – citado em (Assembleia da República, (2001) p. 98; Dubout (2014), p. 201 em princípio de não regressão. Em sentido coincidente com o por nós defendido, Sánchez (2013), p. 1153.

<sup>282</sup> Propositadamente, não se abordará, para além destas linhas, a questão, ineludavelmente interessante, da possibilidade de se aplicar o nível máximo de protecção – que poderia ser conseguido por o sistema jurídico da União Europeia seguir o regime interno mais protector. Neste sentido Besselink (1998), p. 665ff., afirmando ser um corolário do princípio do liberalismo protecção superior em toda a União Europeia, não havendo, por outro lado conflitos de protecção de direitos fundamentais entre a União Europeia e os Estados; demonstrando algum cepticismo acerca da praticabilidade desta proposta Weiler (2009), p. 80ff., apresentando problemas com o conflito entre Estados que teriam níveis de protecção diferentes, com a ideia (correcta, parece-nos) que todo o direito fundamental tem um nível que é específico numa determinada comunidade, porque a sua fronteira foi conseguida num balanço com outros interesses pessoais e comunitários. Por fim, aborda o caso conhecido do aborto – onde seria impossível coexistir um nível máximo dos dois interesses em jogo. Questão que é independente do controlo constitucional por parte dos Tribunais – num caso onde o Tribunal Constitucional Alemão acedeu a baixar o nível de protecção exigido, Acórdão Eurocontrol, Muñoz Machado (2015), p. 218. Sobre este último tema a já abordada jurisprudência do TJUE.

<sup>283</sup> Realçando deste aresto a importante novidade do artigo em causa Caeiro (2014), p. 250-251 – “o TJ declara que o art.º 53 da Carta não credencia a aplicação de níveis de protecção de direitos fundamentais mais elevados”.

<sup>284</sup> Parágrafo 60 da Decisão Melloni - “É certo que o artigo 53.º da Carta confirma que, quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais”.



direito da União”. Tanto a primeira como a segunda interpretação são para nós passíveis de dúvidas. Porque toma o “âmbito de aplicação” como apenas “medidas nacionais de execução”? Consideramos que seria mais correcto<sup>285</sup> considerar-se que o artigo 53.º (que regula o nível de protecção dos direitos fundamentais - epígrafe ao mesmo) toma a expressão “âmbito de aplicação” como remissão para (no caso) regimes nacionais (seja em transposição de Directivas ou não) mais favoráveis, permitidos por cláusulas de salvaguarda ou para casos onde o sistema jurídico da União Europeia não tenha procedido a uma total harmonização, como aconteceu no caso *Jeremy F.* – onde não se permitia nem proibia a existência daquela norma<sup>286</sup>, deixando nestes casos que determinado elemento da resposta global seja conformado livremente (desde que superior ao definido no sistema jurídico da União) pelo sistema jurídico nacional, quando este oferece respostas jurídicas enquadráveis no escopo do Direito da União (no sentido do acórdão *Akeberg Fransson*<sup>287</sup>).

Esta nossa interpretação ganha força precisamente com este acórdão *Akeberg Fransson* que, ao citar o Acórdão *Melloni* oferece uma resposta mais rica - “Assim, quando um órgão jurisdicional de um Estado-Membro é chamado a fiscalizar a conformidade com os direitos fundamentais de uma disposição ou de uma medida nacional que, numa situação na qual a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo direito da União, aplica o direito da União na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de protecção previsto pela Carta nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União”<sup>288</sup>. Não se referindo o Acórdão *Akeberg Fransson* uma única vez ao artigo 53.º da Carta, parece-nos que essa referência fica subentendido nessa frase com a citação do acórdão *Melloni*, repetindo a interpretação que este último fez do artigo em questão. Ora, é

---

<sup>285</sup> Focando-nos apenas na relação entre os sistemas jurídicos nacionais e da UE.

<sup>286</sup> Assim *Millet e Perlo* (2015), p. 1480. *Arena* (2016), p. 25 considera isto um caso de harmonização parcial, *Schütze* (2006), p. 1044 dá o nome de exaustão parcial. *Arena* (2010), p. 74 considerava que a maioria destas harmonizações parciais estaria sinalizada com uma cláusula de salvaguarda expressa, o que não aconteceu neste caso. *Sarmiento* (2013), p. 1294) intitula “determinação parcial”.

<sup>287</sup> De onde se inclui o cumprimento de verdadeiras normas da União Europeia), quando o legislador nacional é obrigado pelo sistema jurídico da União Europeia a determinado comportamento legislativo, numa interpretação que permita que toda a actuação no escopo da UE (a tradução portuguesa e espanhola é feita para “âmbito de aplicação do Direito da UE, parece-nos que é mais feliz a versão na língua inglesa) esteja sob avaliação da Carta – como já se citou quer-se que a Carta seja a “sombra” do sistema jurídico da União ou dos Estados quando estes estejam a agir sob escopo do DUE, - sobre este acórdão, *Sarmiento* (2013), p. 1274-1285 e *Hancox* (2013) p. 1418-1421, abordando esta autora a possibilidade de se aplicar a Carta em casos de derrogação (permitidas) pelos Estados ao Direito da União.

<sup>288</sup> No mesmo sentido *Lenaerts e Gutiérrez-Fons* (2014), p. 1591.

claramente uma situação, por razão da cláusula de salvaguarda presente no artigo 82.º TFUE, onde a acção (legislativa) dos Estados-membros não pode ser totalmente determinada pelo direito da União, podendo-se aplicar (!)<sup>289</sup> os padrões nacionais.

Por outro lado, surgem-nos algumas dúvidas aquando da interpretação do artigo 53.º<sup>290</sup> que exigindo, *per si*, que a aplicação dos padrões nacionais não ponha em causa o primado, unidade e efectividade do Direito da União. Em primeira linha, mantemos algumas dúvidas acerca da possibilidade de, pela interpretação do artigo 53.º CDFUE, se definir a condição de que a aplicação de um nível de protecção superior tenha de cumprir a tríade proposta, por não ter sido esse o escopo da Carta. Não obstante aceitarmos (*cum grano salis*) a importância desta tríade, tomando como origem da mesma já não a Carta, mas uma diferente base legal, como poderá ser o artigo 4.º3 do Tratado da União Europeia (TUE) que obriga os Estados-Membros à cooperação leal.<sup>291</sup>

Como veremos, aquando da interpretação mais plausível do artigo 4.º2 TUE, nem toda a derrogação da norma da União Europeia ou a sobreposição de uma norma nacional será uma derrogação ou excepção do primado ou da unidade do sistema jurídico da União Europeia (a efectividade reserva-nos uma particular análise).<sup>292</sup> Como se viu, os sistemas jurídicos nacionais permitiram retrospectivamente a aplicação (com primazia no caso de conflito), nas suas comunidades políticas, de normas advindas de uma definição jurídica pelo sistema jurídico da União Europeia, criadoras de obrigações aos operadores jurídicos nacionais. O sistema jurídico da União Europeia ao “redelegar”<sup>293</sup> competências de definição de resposta jurídica aos sistemas jurídicos nacionais, permitindo-lhes algum grau de discricionariedade, não afecta o primado ou a unidade do sistema jurídico da União, já

---

<sup>289</sup> Relembre-se o texto literal do artigo 53.º CDFUE.

<sup>290</sup> O Tribunal Constitucional Espanhol na Declaração 1/2004 I c) interpretava o artigo 53.º como impossibilidade de se restringir um nível superior de protecção, se este estivesse presente numa fonte prevista no artigo.

<sup>291</sup> E, portanto, distante do âmbito e propósito da Carta, sobre este princípio com base no acórdão *Greek Maize* do TJUE, Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2016), p. 7. Tanto a cooperação leal pode impedir a inclusão do elemento nacional na resposta jurídica final ou, “por absorção” ou “incorporação” o sistema jurídico da União Europeia poder censurar elementos dos sistemas jurídicos nacionais que causem entraves às normas e às políticas da UE, mesmo que estes elementos estejam em áreas fora das atribuições da UE, matéria que não poderemos abordar. Sobre isto detidamente, Weiler (1991), p. 2438-2442 e Cartabia (2009), p.10-12 sobre a incorporação, apresentando três casos paradigmáticos desta doutrina: K.B., Richards e Tadeo Maruko, baseados num dever de não discriminação.

<sup>292</sup> Do mesmo modo Pérez (2014), p. 325 e Canotilho (2008), p. 177 - “a aplicação de uma norma comunitária não pode violar o princípio do primado”, ainda que aceitando o princípio da protecção máxima.

<sup>293</sup> Conceito retirado de Arena (2010), p. 37 que se reflecte em vantagens para a política legislativa da União p. 38.

que foi o sistema jurídico da União que, por deferência igualmente restrospectiva<sup>294</sup>, toma como legítima a resposta definida pelos órgãos legiferantes nacionais, se enquadrável no espaço discricionário definido pelo DUE<sup>295</sup>, que é como quem diz pela regra de deferência. Assim, não há um verdadeiro conflito de respostas na aplicação por existir apenas uma (relembre-se que o primado responde apenas a questões de conflito); pela mesma razão, não se afecta a unidade do Direito da União, pelo menos quanto ao ponto de se definir, no caso concreto, qual o nível de protecção.<sup>296297</sup>

Vale a pena atentar às conclusões do Advogado Geral Bot a esta decisão do caso Melloni, já que este foi bastante mais detido na argumentação que o acórdão<sup>298</sup> (ainda que esta decisão tenha de ser lido em conjunto com o Acórdão Akeberg Fransson, para se conseguir uma imagem mais completa desta corrente jurisprudencial).<sup>299</sup>

Bot defende que não há qualquer *sidestep* entre a pergunta que inquirir se é possível subordinar a entrega à possibilidade de recurso/novo julgamento e a resposta baseada nas causas de recusa à cooperação, já que, se fosse possível a ideia proposta pelo Tribunal Constitucional Espanhol haveria, em certa maneira, uma causa de recusa à condição, o que seria sempre uma causa de recusa e, por isso, contrária à enumeração

---

<sup>294</sup> Por exemplo, no âmbito da escolha do nível de protecção do direito fundamental, sem que isso implique que a resposta nacional seja a definitiva, como veremos.

<sup>295</sup> Não é mais do que dito de uma “forma bastante dogmática” na expressão de Timmermans (2014), p. 156 pelo TJUE já em 1970 – “Sendo o Regulamento n.º 22, nos termos do artigo 189º, segundo parágrafo do Tratado, directamente aplicável em todos os Estados-Membros, está fora de causa, salvo disposição em contrário, que estes possam, para assegurar a sua aplicação, tomar medidas que tenham por objecto modificar o seu alcance ou acrescentar-lhe disposições. Na medida em que os Estados-membros atribuíram à Comunidade poderes normativos em matéria pautal para garantir um funcionamento correcto do mercado comum agrícola, já não têm o poder de promulgar disposições normativas nesse domínio” - Ac. TJUE 40/69. Por exemplo, no caso Jeremy F. o espaço livre de definição por parte do Estado-Membro estava limitado a um interesse da UE na celeridade de resposta ao pedido de ampliação do MDE.

<sup>296</sup> Veja-se o caso hipotético: uma norma de Directiva que, por razões próprias, tenha eficácia directa, podendo ser utilizada pelos particulares nos tribunais nacionais. Caso o poder legiferante nacional possa, por existir uma cláusula de salvaguarda, definir uma resposta diferente do que a estabelecida na norma da União Europeia, haverá um conflito de duas normas? Apenas à primeira vista – pelas razões apresentadas. Claro que uma resposta diferente afecta a uniformidade por não utilização do standard europeu, Arena (2010), p. 70. O acórdão Melloni refere-se na maioria das vezes ao conceito unidade, porém faz uso da expressão “uniformidade”, que tem um sentido algo distinto, no parágrafo 63 – “pôr em causa a uniformidade do padrão de protecção dos direitos fundamentais definidos por esta decisão-quadro”. Claro que o Tribunal, no seu modo de ver, considera isto nefasto (haver diferentes níveis de protecção dos direitos fundamentais); pela nossa parte não, caso essa disparidade seja deferida pelo sistema jurídico da União e o direito não seja colocado num nível inferior ao estabelecido na Carta. Besselink (2014), p. 19 aborda este acórdão. Este autor, expressamente crítico do aresto, afirma que o Tribunal pretendia que fosse exigível uma aplicação uniforme da Decisão Quadro.

<sup>297</sup> Fez-se esta ressalva, por razão de o critério da “unidade” poder ser usado em diferentes etapas de uma complexa construção de uma resposta. Neste ponto, quis-se apenas distinguir a uniformidade do nível com a unidade na definição do nível de protecção.

<sup>298</sup> Concordando, Pérez (2014), p. 317.

<sup>299</sup> Defendendo explicitamente esta ligação, por todos, Hancox (2013), p. 1411.

taxativa estabelecida na decisão-quadro.<sup>300</sup> Bruno de Witte concorda com esta análise do Advogado Geral Bot – “Se alguém considerasse apenas o critério constitucional espanhol, a entrega teria de ser recusada”, afirmando que o Tribunal Constitucional teria perguntado implicitamente se os tribunais nacionais poderiam não cumprir o seu dever de aplicar o direito da União, considerando tratar-se de uma das questões mais desafiantes alguma vez formuladas - “até onde a integração europeia poderá pedir a diminuição da protecção de direitos constitucionais?”<sup>301</sup> Podendo ser uma questão que o Tribunal tenha colocado com base no artigo 4.º2 do TUE, quando o refere, não consideramos que tenha sido a pergunta essencial deste reenvio prejudicial, topando-se outras questões que não implicam uma dicotomia tão flagrante.

Por outro lado, interpreta o artigo 53.º no sentido político de “tranquilizar os Estados-Membros quanto ao facto de a Carta não se destinar a substituir-se à sua Constituição nacional no que respeita ao nível de protecção que assegura no âmbito de aplicação do direito nacional” ao mesmo tempo que “visa, assim, confirmar que a Carta impõe um nível de protecção dos direitos fundamentais apenas no âmbito de aplicação do direito da União”, afirmando, neste caso, tratar-se de norma com ligação de sentido a outros artigos da Carta<sup>302</sup>.

Nas suas conclusões, o Advogado Geral Bot explana vários pontos essenciais sobre como foi o nível de protecção estabelecido na DQ MDE e porque razão não poderia aplicar-se um nível superior. Segundo o Advogado Geral, o nível estabelecido surge de um balanço entre a necessidade de proteger o agente e as necessidades advindas dos objectivos pretendidos com o Mandado de Detenção Europeu,<sup>303</sup> tendo o artigo 5.º1 da Decisão-Quadro de 2002 definido qual seria o ponto conciliador, ainda que estivesse redigido de uma forma menos bem conseguida, segundo as Instituições da União Europeia. Os interesses em jogo são o direito a comparecer em julgamento, que impediria decisões *in absentia* (decisões que se tornassem definitivas em casos em o arguido não estava presente

---

<sup>300</sup> Parágrafos 64-65.

<sup>301</sup> Witte, (2014), p. 1529.

<sup>302</sup> Parágrafos 129-135. No parágrafo 100 da tradução portuguesa destas Conclusões poder-se-ia dar a ideia de que se teria referido à expressão “«no exercício das respetivas competências». Na consulta de versões em diferentes línguas, aperceber-se-á de que é um erro da nossa tradução, falando-se sempre nos “âmbitos de aplicação”. Sendo que pela nossa hipótese, estes significariam o mesmo – relembre-se: o sistema jurídico nacional permitiu que em certos âmbitos (definidos retrospectivamente) da sua comunidade jurídico-política fossem definidos pelo sistema jurídico da União Europeia. Este pode “redelegar” ao sistema jurídico nacional por sua vontade e decisão, definindo o âmbito de aplicação de elementos do sistema jurídico nacional, dentro do âmbito de aplicação definido anteriormente (mas retrospectivamente) pelos sistemas jurídicos nacionais.

<sup>303</sup> Parágrafo 119.

fisicamente ou numa frase prévia à condenação ou numa fase posterior em recurso ou repetição de julgamento)<sup>304</sup> e a efectividade do Mandado de Detenção Europeu que, na sua génese, permite compensar a livre circulação de pessoas dentro do Espaço da União Europeia.<sup>305</sup>

Este Mandado de Detenção Europeu substituiu o regime tradicional de extradição entre os Estados-membros<sup>306</sup>, retirando a componente política na decisão de cooperação; criou uma lista de factos típicos para os quais não é exigido a condição de dupla-incriminação; as causas de recusa da cooperação estão expressamente previstas na Decisão-Quadro, não podendo haver falhas na cooperação baseadas em outras razões que as elencadas na DQ. O MDE é tomado como “medida compensatória” da liberdade de circulação de pessoas<sup>307</sup>, porque permite que esse movimento dentro da União Europeia não seja impedimento para a Administração Judiciária (na sua celeridade e ausência de intervenção política<sup>308</sup>), ao mesmo tempo que impede práticas que se poderiam considerar de *forumshopping*, ao deixar cair necessidade da existência de dupla-incriminação para um conjunto de tipos de crime<sup>309</sup>. Para este conjunto de liberdade de circulação com segurança (também no combate ao crime) e justiça, por serem mecanismos de cooperação baseados e fundados nos direitos fundamentais dos visados criou-se o conceito de Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (67.º1 TFUE)<sup>310</sup>.

No que ao MDE diz respeito, a cooperação judicial penal é conseguida, tendo por base o princípio do reconhecimento mútuo (considerado “pedra angular”<sup>311</sup> do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça). Este princípio baseia-se na obrigação de tomar como própria (*rectius* apropriada) e eficaz a resposta punitiva de um Estado-Membro a um determinado facto, independentemente da resposta diferente que poderia ocorrer se quem

---

<sup>304</sup> É a posição de protecção máxima tida pelo Tribunal Constitucional Espanhol até (2014).

<sup>305</sup> Tendo a Comissão Europeia também apresentado um princípio de *ubi commoda*, assim, Ballegooij e Bárd (2016), p. 441

<sup>306</sup> E assim sendo “as convenções aplicáveis em matéria de extradição nas relações entre os Estados-Membros” Rodrigues (2008), p. 194.

<sup>307</sup> Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2016), p. 16.

<sup>308</sup> Sobre a simplificação deste regime em comparação com a extradição ver Rodrigues (2008), p. 195-197.

<sup>309</sup> Sobre esta ideia, ainda que usada numa perspectiva da necessidade de harmonizar as causas de recusa criadas pela possível aplicação de diferentes níveis de protecção de direitos fundamentais, Conclusões Advogado Bot no caso Melloni, parágrafo 103.

<sup>310</sup> Van-Tiggelen e Suranon (2009), p.10

<sup>311</sup> Ponto 33 das Conclusões da Presidência após o Conselho Europeu de Tampere em Outubro de 1999. Para Rodrigues (2008), p. 69 de Tampere surge um reconhecimento mútuo “imediato, automático, sem condições e sem controlo”, dando uma definição para o mesmo (p. 70). O MDE foi a primeira concretização do princípio do reconhecimento mútuo, assim Rodrigues (2006), p. 191.

tem agora de reconhecer a pretensão punitiva tivesse agido— caso paradigmático com a desnecessidade de dupla-incriminação. Esse reconhecimento mútuo permite que, na existência de uma exigência punitiva de um determinado Estado, os outros Estados que porventura interajam com o primeiro, terão de agir como se a pretensão punitiva fosse própria, colaborando com esta, tomando as exigidas e necessárias acções para que a intenção punitiva não seja gorada, mas cumprida.

Na prática, um Estado (emitente) detém uma determinada intenção punitiva para com determinado agente. Esta intenção punitiva pode situar-se em dois estádios: numa fase ainda de processo penal, onde se aferirá a responsabilidade penal, ou já numa fase sancionatória onde a intenção punitiva se concretiza na execução da pena ou medida de segurança. Nos dois casos, a colaboração do Estado (de execução, obrigado à cooperação penal) fará com que a Administração da Justiça do Estado de emissão possa cumprir o exigido pelo seu sistema jurídico, ou seja, a procura da verdade processualmente válida, que poderá exigir a presença do arguido, ou a execução de uma sentença – colaboração que, no caso do MDE, se fará com a entrega da pessoa requerida.

No caso Melloni, haveria uma pretensão punitiva por parte de Itália que exigira a colaboração de Espanha na entrega de Stefano Melloni para que se pudesse executar a pena de prisão sentenciada pelos tribunais italianos, baseada numa intenção punitiva expressa no sistema jurídico italiano pela incriminação de falência fraudulenta e posteriormente com a sentença condenatória. Espanha teria de reconhecer a intenção punitiva presente na norma italiana, ao mesmo tempo que teria de reconhecer a sentença emitida pela Administração da Justiça italiana que considerou Melloni como culpado da prática do facto disposto na norma italiana. Ficando assim obrigado a considerar como válida e eficaz tanto a intenção punitiva como a actividade jurisdicional italiana, Espanha como Estado de execução teria de entregar Melloni às autoridades italianas, para que estas pudessem executar a pena de prisão surgida após o julgamento. A recusa desta colaboração poderia acontecer, nos casos tarifados presentes na norma de transposição da Decisão-Quadro, podendo haver um juízo decisório<sup>312</sup> nas causas de recusa facultativa ou uma decisão de recusa totalmente vinculada caso estivesse presente uma causa de recusa obrigatória. Por essa razão, o Advogado Geral e o Tribunal recusaram a condição da possibilidade de recurso/novo

---

<sup>312</sup> Não obstante vinculado pelos fundamentos presentes na Decisão-Quadro como definidos internamente, por exemplo por corrente jurisprudencial ou opção legislativa. Rodríguez (2013) apresenta dúvidas do que será uma causa de recusa facultativa, afirmando que a Decisão-Quadro não detém as respostas apropriadas.

juízo para que a pessoa fosse entregue, porque isso poderia consubstanciar uma nova causa de recusa que, na perspectiva do AG e do Tribunal, poria termo à cooperação e defraudaria a intenção punitiva do Estado Italiano. Nesse sentido, o Advogado Geral é claro a afirmar a necessidade de “fazer com que, no quadro da dimensão transfronteiriça que é a do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, as garantias processuais não sejam utilizadas para obstarem à execução das decisões judiciais”<sup>313</sup>. Aliás, e no final de contas, o objectivo primacial do Mandado de Detenção Europeu é garantir que as intenções punitivas que decorrem de normas jurídicas (especialmente as que fazem parte da lista onde não se exige mais a dupla-incriminação) não sejam dificultadas ou impedidas por inércia ou falta de colaboração de outro Estado-Membro para com a intenção punitiva do primeiro. Fica assim feita uma análise estática do Mandado de Detenção Europeu

Acrescentamos, no entanto, uma visão dinâmica do fenómeno que encontramos interpretativamente presente na Decisão-Quadro de 2002: se analisarmos as causas de recusa deste texto normativo, teremos que reconhecer que tanto a intenção punitiva do Estado de emissão como a putativa resposta do Estado de Execução ao facto sobre o qual existe a intenção punitiva do Estado de emissão são em si equivalentes, já que através das causas de recusa de entrega, o sistema jurídico da União reconhece-as como igualmente válidas. Este ponto será desenvolvido posteriormente, gostando nós de apenas realçar que não há uma qualquer linearidade entre a recusa do pedido de entrega e a frustração dos objectivos nem do Mandado nem da Área da Liberdade, Segurança e Justiça. Basta que haja uma intenção punitiva ou já uma resposta no domínio punitivo do Estado de Execução ou de outro<sup>314</sup> para que fiquem satisfeitos esses objectivos presentes na ELSJ para a cooperação penal, independentemente de onde foram praticados os factos nesse mesmo Espaço.<sup>315</sup>

Assim, a efectividade presente na tríade “primazia, unidade e efectividade” não é mais do que a concretização do objectivo da política inerente ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça para o Mandado de Detenção Europeu que se pode reduzir, na nossa opinião, à seguinte regra: no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, que toda a

---

<sup>313</sup> Parágrafo 120.

<sup>314</sup> Ou de um outro Estado-membro ou não Membro, sendo a outra face da moeda do princípio do *ne bis in idem*.

<sup>315</sup> Deste modo Ac. STJ 27.04.16 citado por Costa (2014), p. 190.

pretensão penal existente e considerada legítima por um Estado Membro<sup>316</sup> tenha correspondência com uma resposta jurídica no domínio punitivo considerada legítima<sup>317</sup> por um Estado Membro (podendo ser ou não o mesmo), balizadas pelo sistema jurídico da União Europeia (com as suas garantias de direitos fundamentais, imposições/proibições de incriminação e mecanismos de cooperação)<sup>318</sup>.

Com este pressuposto, consideramos que caso aos sistemas jurídicos tenham sido possibilitado reter alguma discricionariedade (veja-se o mais pacífico caso de Jeremy F. onde é claro que a primazia e a unidade não estão postas em causa) na definição da resposta ou parte dela, o limite para essa liberdade é estabelecido num ponto que não permita mais a existência de uma resposta jurídica no domínio punitivo considerada legítima pelo seu emissor (seja o Estado de execução ou de emissão), independentemente de qual o conteúdo concreto da resposta.<sup>319</sup>

Defendendo que é em conclusão, por razão dos artigos 82.º 2 e 3 TFUE, o Estado Espanhol poderia incluir um nível de protecção superior ao definido pela Carta (sem que o artigo 53.º da Carta tenha algo a obstar<sup>320</sup>) e pela DQ MDE, por uma interpretação do seu direito com fonte constitucional<sup>321</sup>, sendo que esta adição levaria a que o Estado Espanhol pudesse sujeitar a entrega à condição de Melloni ter direito a um novo julgamento ou a direito de recurso da condenação a que foi sujeito. Esta condição faria impor ao Estado Italiano, para que pudesse executar a sua sentença no seu território, que criasse esse mesmo

---

<sup>316</sup> Caeiro (2010), p. 24ff., porventura com mais exactidão, utiliza o conceito de jurisdição prescritiva. A União Europeia detém essa jurisdição prescritiva com as directrizes de incriminação, também em Caeiro (2012), p. 180-182, não dispendo a UE de jurisdição judicativa nem executiva que estarão a cargo dos Estados-Membros

<sup>317</sup> Que poderá obviamente não levar ao mesmo resultado. Veja-se a jurisprudência do TJUE relativamente ao princípio do *ne bis in idem* e como latamente interpreta este Tribunal o conceito de resposta no âmbito punitivo ao mesmo facto – casos em que há absolvições, o procedimento criminal ter prescrito (caso Gasparini), absolvição por ausência de provas (Caso van Straaten) ou em caso de sanções administrativas com carácter penal (Caso Akeberg Fransson) – sobre estas decisões ver Tomkin (2014), p. 1395-1397 e Ramos (2009), p. 164-182 – estas respostas com escopo punitivo foram precipitadas na DQ MDE como causas de recusa à entrega. É claro que o *ne bis in idem* não deve ser apenas tomado como corolário do princípio da confiança mútua, mas também como uma posição jurídica fundamental do visado. Relativamente a estes casos mais recentes do TJUE (à canbeça Gasparini), Klip (2016), p. 289-291 demonstra-se muito crítico por se aceitar que o *ne bis in idem* aplica-se a casos onde os Estados não tinham jurisdição por ter ocorrido a prescrição.

<sup>318</sup> Sobre as proibições e imposições de incriminação pré Tratado de Lisboa, Rodrigues (2008), p. 90-93. Pós Tratado de Lisboa ver Klip (2016), p. 231ff.

<sup>319</sup> Caeiro (2012), p. 198-203, partilha dos mesmos pressupostos no âmbito do conflito de jurisdições, usando a expressão feliz de “administração da justiça pensada(s) no plano europeu” - (p. 198).

<sup>320</sup> Rodríguez (2013) considera que isto seria sempre possível por não poder haver preempção no âmbito dos direitos fundamentais já que a União Europeia não tem competência nessa matéria.

<sup>321</sup> Não obstante o já afirmado acerca da limitação da nossa hipótese de interpretação do artigo 53.º CDFUE, que pretendia ser útil para casos futuros, neste caso específico, a literalidade da norma funciona em pleno.



momento processual, podendo fazer uso da doutrina da “interpretação conforme” onde seria exigido que Itália tomasse as suas normas num sentido que permitisse a concretização de exigências do Direito da União, como fez o TJUE com o Acórdão Pupino (“Desta forma, ao aplicar o direito interno, o órgão jurisdicional chamado a proceder à sua interpretação é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e das finalidades da decisão-quadro”)<sup>322</sup>.

Caso isto não aconteça, deverá o Estado Espanhol providenciar forma de dar existência prática à resposta à pretensão punitiva. Isto poderia acontecer com base no artigo 4.º 6 da DQ MDE, que é refracção do princípio clássico *dedere aut judicare*<sup>323</sup> ou, fazendo uso de normas convencionais ratificadas pelos Estados-membros em sede de Conselho da Europa ou, porventura, de normas internas atributivas de jurisdição sobre o facto em causa. Sendo esse um tema essencial para a última parte deste nosso estudo, deixaremos a possibilidade em aberto, criando hipoteticamente as duas hipóteses.

Ou de o Estado Espanhol, pelas suas autoridades, poder emitir uma resposta jurídica no domínio punitivo considerada por si legítima, garantindo-se, ao mesmo tempo, o direito a um recurso/novo julgamento. Caso Espanha consiga esse objectivo, de acordo com o seu direito interno, não encontramos qualquer objecção a que isto seja realizado dessa forma, protegendo, em concordância prática, os diversos interesses que estariam em jogo<sup>324</sup>: a pretensão punitiva de Itália que condenou Melloni pela prática de um crime, o direito que Espanha outorga e que considera que pertence ao visado pela condenação (mesmo em casos de sentença estrangeira) e um interesse geral da União de não permitir que a livre circulação de pessoas seja entrave à repressão criminal no seu espaço territorial.<sup>325</sup>

---

<sup>322</sup> Ac. TJUE Processo C-105/03, parágrafo 4. Ainda que não exigindo a interpretação *contra legem*, pede-se aos tribunais nacionais que façam uso de todo o seu sistema e métodos de interpretação, Ac. TJUE C-579/15, parágrafos 33-34. Lenaerts (2017) p. 814-817 apresenta uma interessante argumentação a favor do decidido em Melloni. Afirma que seria contra a equidade exigir-se mais a um Estado que cumpre com o preceituado pelo sistema jurídico da União Europeia. Tendemos a concordar com este autor, mas em toda a linha da sua argumentação já que ressalva os casos onde é deixada alguma discricionariedade ao Estado de execução, que é o acontece em Melloni pelo 82.º TFUE.

<sup>323</sup> Ainda que não no seu sentido mais estrito, por inexistir uma escolha, mas uma obrigação de exercer a jurisdição de execução das reacções criminais – conceito de Caeiro (2010), p. 43.

<sup>324</sup> Mas, de todo o modo, conseguindo outra balança/outro equilíbrio, razão pela qual se defendia a unidade na protecção dos direitos fundamentais. Sobre estas possibilidades, Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2014), p. 1591, Millet e Perlo (2015), p. 1479 e Sarmiento (2013), p. 1298,

<sup>325</sup> Num sentido acertado – “o nível de protecção oferecido por um sistema jurídico nacional a um direito fundamental tem de concordar com o direito primário da UE” Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2016), p. 23. Há, de facto, um interesse e objectivo próprios da União, numa visão claramente diferenciada do conceito de

Caso não haja possibilidade de se ter para este caso uma resposta jurídica espanhola no domínio punitivo considerada legítima pelo seu emissor, estaremos verdadeiramente assim, mas só assim, perante um conflito em que os sistemas jurídicos têm exigências incompatíveis entre si, tendo neste caso que fazer-se uso da regra de conflitos de competências, que no seio da União Europeia acaba por ser o princípio da primazia que dirimirá a oposição entre o sistema jurídico nacional e o sistema jurídico da União Europeia.<sup>326</sup>

É nestes casos de o regime nacional poder pôr em causa a efectividade do regime da União Europeia que se poderá discutir a possibilidade de preempção por obstáculo, podendo discutir-se se isso implicaria a obrigação de as Instituições Nacionais alterarem o conteúdo do direito, neste caso com base constitucional, não podendo, como se sabe, o regime da União Europeia alterar inelutavelmente o sistema jurídico de Espanha.

No caso *Geier c. American Honda Motor Co.*, em 2000, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos discutiu a possibilidade de a coexistência de uma norma de preempção por ocupação, uma “*express saving clause*” e de uma implícita preempção por obstáculo. A maioria dos juízes defendeu que a cláusula de salvaguarda teria apenas efeito para obstar à preempção por ocupação, tendo a soma das duas um efeito neutro para a análise da possível existência de uma preempção por obstáculo, por razão da norma estadual prejudicar os objectivos e sentidos estabelecidos pela norma federal. No caso, tratava-se de uma norma federal que estabelecia as obrigações dos construtores de carros relativamente à segurança, ressaltando na Federal Motor Vehicle Safety Standard (onde foi expressa a preempção por ocupação)<sup>327</sup> que nada no seu regime poderia impedir a aferição da responsabilidade das construtoras de acordo com a *common law*. Pela *common law* ter-se-ia estabelecido a regra as construtoras deveriam ser responsabilizadas, caso os danos fossem causados pela ausência de *airbags*.

O Supremo Tribunal considerou que esta forma de responsabilidade, mesmo existindo a *express saving clause*, lesaria um dos objectivos da Federal Motor Vehicle Safety Standard que era a possibilidade de os construtores encontrarem formas economicamente eficientes de protecção, sem que se quisesse impor um caminho

---

“questão de interesse comum” [dos Estados-Membros] – Rodrigues (2008), p. 52 – presente no Tratado de Maastricht.

<sup>326</sup> Sobre o conceito de regra de conflitos, citando Baptista Machado, Canotilho (2008), p. 187-188.

<sup>327</sup> Possibilidade que existe no direito dos Estados Unidos da América; o mesmo não se passa com o sistema jurídico da União Europeia

obrigatório. Ora a norma de *common law* estabelecia, ainda que indirectamente, a obrigatoriedade da existência de *airbags* como sistema de protecção e, por essa razão, considerou-se estar-se numa situação de *conflict preemption* por obstáculo.

O Juiz Stevens, acompanhado por três juízes, na sua declaração de voto vencido, explicou que, na sua visão, esta forma de preempção poderia ter efeitos muito nefastos, contrariando a ideia da cláusula de salvaguarda.<sup>328</sup> Consideramos que, *mutatis mutandis*, este caso é, no essencial, semelhante pela existência de uma cláusula de salvaguarda (que afectaria a preempção por ocupação) mas que, ao fazer uso desta, poderia levar ao caso de afectar os objectivos da norma que continha a cláusula de salvaguarda. Muito embora estas pareenças, consideramos que no nosso caso na Área de Liberdade, Segurança e Justiça não poderíamos, à partida, definir uma preempção por obstáculo, por uma protecção mais intensa não obstar em abstracto os objectivos propostos pelo MDE, pela volatilidade que cada caso poderá apresentar ao nível das soluções passíveis de concretizar o interesse teleológico da ELSJ.

A resposta mais linear do princípio da primazia seria a obrigação de entrega da pessoa requerida por Espanha a Itália. Porque, perante a impossibilidade do interesse da União ser salvaguardado de um modo conciliável com a norma do sistema jurídico interno espanhol, esta tenderá, em regra, a ser desaplicada com vista à aplicação da norma europeia. A isto estão obrigados os tribunais nacionais a partir do momento em que o sistema jurídico nacional permite que o sistema jurídico da União Europeia se aplicasse nas suas comunidades jurídico-políticas, como já vimos. Mas como já abordado, esta permissão na aplicação tem limites incluídos na decisão de permissão, que têm que ver com elementos essenciais dos sistemas jurídicos, como o final da norma 8.ª da nossa Constituição, como com a solução italiana do *contra-limiti* ou com a solução alemã da “identidade”, como a resposta já avançada pelo Tribunal Constitucional Espanhol na Declaração 1/2004 são disso exemplos.

Considerando o sistema jurídico de um modo autopoietico e autónomo, na presença de certa resposta do sistema jurídico da União Europeia que violasse a decisão de permissão, os aplicadores do direito dessa comunidade jurídico-política seriam obrigados a não aplicar o preceito da União Europeia, considerando-se aí que as autoridades

---

<sup>328</sup> Geier v. American Honda Motor Co. 529 U.S. 861 (2000).

espanholas possam ser responsabilizadas por não cumprir as obrigações a que estavam adstritas pelo princípio da primazia.

Concomitantemente, o sistema jurídico da União Europeia, com certeza “irritado” pelo ambiente (onde se incluem tanto os sistemas jurídicos como os aplicadores do Direito, políticos, etc.) criou um elemento e, por isso, uma nova possibilidade de resposta que permite que não se alcance esse ponto de ruptura com a obrigação de aplicação da norma da União Europeia pelas comunidades nacionais. Caso esse elemento do sistema jurídico da União seja utilizado, a primazia na aplicação do DUE prevalecerá, já que é o próprio sistema jurídico da UE que obriga à não aplicação da norma que obrigaria Espanha a entregar o visado pelo MDE às autoridades italianas. Será essa análise que será feita no próximo capítulo.

Em conclusão, não discordamos (curiosamente ou não) de grande parcela da análise teórica avançada pelo Tribunal de Justiça no caso Melloni (sendo ainda mais fácil à sua adesão se acoplarmos o afirmado no caso Akeberg) com as ideias de preempção, discricionariedade, com a necessidade de efectividade na concretização dos objectivos subjacentes ao Mandado de Detenção Europeu, podendo esta limitar a discricionariedade. Concordamos ainda que parcialmente com a interpretação oferecida pelo TJUE ao artigo 53.º da Carta<sup>329</sup>, não acolhendo neste ponto este Tribunal a interpretação oferecida pelo Advogado Geral a esta norma. Outros pontos não merecem a mesma concordância como são a confusão entre o conceito de unidade e de uniformidade no estabelecimento do nível de protecção dos direitos fundamentais<sup>330</sup>, assim como não ter sido dado espaço à ligação entre as causas de recusa baseadas em casos de julgamento *in absentia* e o conteúdo do direito à comparência em julgamento. Já sobre um ponto de vista mais concreto relativamente ao caso em que tomou a decisão, por não ter tido em consideração a necessidade de se tomar o nível de protecção reconhecido directamente na Directiva 2016/343 (mas já estabelecido legislativamente desde 2002) como referente mínimo, por razão de se ter tratado de uma harmonização mínima (82.º2 TFUE) e da existência de uma

---

<sup>329</sup> Witte (2014), p. 1533-1537 na análise ao mesmo artigo refere que o artigo 53.º permite a coexistência de diferentes níveis de protecção, caso exista espaço discricionário. Não obstante, parece concordar com a análise concreta feita pelo Tribunal no caso Melloni. De todo o modo, faz uma importante sugestão, criticando o aresto, ao afirmar que teria sido importante o Tribunal procurar entender se o sentido espanhol do direito ao processo equitativo não seria tradição constitucional comum europeia, aplicando o nível espanhol, por força do artigo 52.º 4 CDFUE.

<sup>330</sup> Em sentido concordante, Pérez (2014), p. 327, nota 85. Falando em uniformidade num sentido que consideramos tratar-se de unidade Maduro (2006), p. 330.

cláusula de salvaguarda expressa (82.º TFUE), considerou tratar-se de um regime exaustivo, não podendo aplicar-se um nível de protecção superior, inquinando, na nossa opinião, toda a resposta subsequente<sup>331</sup> - esta interpretação era possível a partir de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa

Numa palavra e em jeito de síntese: não é linear, nem o deve ser, a afirmação de que um nível diferente de protecção (que seja permitido pelo sistema jurídico da União, como é o caso do estabelecido pela Constituição Espanhola ou o definido legalmente no caso francês) leva ao não cumprimento do objectivo adjacente ao Mandado de Detenção Europeu.

A alternativa agora apresentada à resposta dada pelo TJUE em Melloni poderá ter apenas um interesse hipotético para este caso, já que, em 2014, o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu limitar o direito à comparência para os níveis reconhecidos pelo TJUE e TEDH. No entanto, como já se defendeu, o interesse pelo caso Melloni ultrapassa as fronteiras da situação concreta, ainda que este aresto seja essencial para se perceber o sentido jurisprudencial do TJUE nestas matérias.<sup>332</sup>

Por fim, a argumentação por nós avançada garante-nos, claramente, um sentido de decisão final mais imprevisível, gerando-se balanços de interesses mais precários e contingentes<sup>333</sup>. Sendo a certeza um valor inestimável no sistema jurídico da União Europeia (como para o Direito em geral) onde o seu amplo campo de acção exigiria uma tendencial uniformidade (aqui sim) de respostas, foi também este sistema jurídico da União que permitiu *per si* – ainda que se tenha deixado irritar – soluções que poderiam causar alguma imprevisibilidade, como a norma do 82.º TFUE, não sendo, todavia, caso únicos, como veremos no próximo capítulo.

---

<sup>331</sup> Concordando com Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2016), p. 24 que afirmam que a possibilidade de diversidade terá sempre de advir de um sinal político-legislativo, não podendo ser o Tribunal a defini-lo. Pela nossa parte, avistamos esses sinais nas normas já referidas.

<sup>332</sup> No mesmo sentido, Pérez (2014), p. 309.

<sup>333</sup> Assim, Millet e Perlo (2015), p. 1488. Antecipando já o assunto da identidade constitucional, defendendo que terá de haver uma análise meramente casuística, Martinico (2015), p. 1349-1351.

## 9. Sistemas e Identidade – Autonomia e Irritação

Vimos, quando abordámos o pensamento de Luhmann que, na existência de sistemas sociais, o seu modo de interacção se baseia em comunicações, ou seja, pela selecção de um significado possível e escolhido pelo sentido de um sistema, por um meio e pela compreensão já a cargo do sistema que interpreta a informação veiculada pelo meio ambiente, sempre esta baseada nos elementos que teria, por sentido, escolhido. Assim, esta dá-se de um modo não imediato, e sempre mediado pelo fenómeno da compreensão. Isso significa que será extremamente provável a ocorrência de mal-entendidos que não são mais que o resultado da falta de sintonia na escolha autopoiética dos elementos do sistema em específico.

Considerámos que este modo de análise é profícuo na percepção da interacção entre o sistema jurídico da União Europeia e os sistemas jurídicos nacionais. O primeiro foi progressivamente ganhando uma autonomia cada vez mais evidente. A exegese feita pelo TJUE permitiu que fossem criadas novas possibilidades de comunicações (ou seja, elementos), tornando-o imune às exigências de validade dos outros sistemas, que se assim não fosse, poderiam comprometer a clausura do sistema jurídico da União Europeia, impedindo que as regras e/ou aplicações das mesmas pudessem ser consideradas inválidas, no âmbito da União Europeia, pelo padrão nacional. Um momento claro disso mesmo foi a jurisprudência do Tribunal no âmbito da criação de elementos do sistema relacionados com os direitos fundamentais. Com os acórdãos da década de 1970 e 1980, o TJUE criou elementos relativos aos direitos fundamentais, ainda que baseados, muitas das vezes, nas tradições constitucionais comuns<sup>334</sup> (Luhmann explica este fenómeno por “*cognitively open but operationally or normatively closed*”), com o objectivo claro de corresponder às irritações do seu meio-ambiente, reforçando, igualmente, a sua autonomia face a ele, fenómeno que tem o seu pico na aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Consideramos que o mesmo se passa na forma como o sistema jurídico da União Europeia interpreta *lato sensu* reivindicações dos Estados-membros que tenham que ver com as suas identidades constitucionais. Com o Tratado de Maastricht estabeleceu-se que “A União respeitará a identidade nacional dos Estados-membros, cujos sistemas de

---

<sup>334</sup> Não é mais do que o disposto tanto na Carta como no artigo 6.º do TUE, neste sentido Conclusões AG Maduro ao Processo 127/07, parágrafos 16-17.

governo se fundam nos princípios democráticos” (art. F 1). No Tratado de Lisboa define-se que “A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional” (artigo 4.º2 do Tratado da União Europeia).<sup>335</sup> A questão da identidade constitucional/nacional dos Estados Membros foi sempre conhecida, desde os momentos iniciais de integração da União Europeia, por razão de diversos Tribunais Constitucionais de Estados-membros da União Europeia que mantiveram expressamente uma posição de vigilância ao sistema jurídico da União Europeia onde este pudesse interferir de um modo ilegítimo nas comunidades político-jurídicas e que contendessem com violações à regra de deferência que teria permitido a aplicação das normas do sistema jurídico da União Europeia nessas mesmas comunidades. Como o artigo 4.º2 do TUE é explícito, a definição de identidade nacional terá muito que ver com estruturas constitucionais fundamentais dos sistemas jurídicos nacionais. À primeira vista isto englobaria direitos fundamentais, estruturas/princípios políticos fundamentais e valores que fossem parte da génese daquela comunidade, mormente espelhados nas normas fundamentais desse Estado.

Diametralmente, os acórdãos Solange I<sup>336</sup> e II do Tribunal Constitucional Alemão incidiram sobre direitos fundamentais, o Acórdão Maastricht<sup>337</sup> sobre democracia e como haveria um défice democrático pela divisão de competências entre o Conselho e o Parlamento Europeu; no Acórdão Lisboa foi considerado que a transferência de certas atribuições seria considerado ilegítimo, de acordo com a identidade constitucional da Alemanha, dela fazendo parte a existência de *kompetenz-kompetenz*, que poderia estar em risco tanto pela perda de controlo por parte do povo alemão das decisões de alteração aos Tratados, ao mesmo tempo que a transferência da competência da definição legislativa em certas áreas *core* teria que ser amplamente escrutinada por este Tribunal Constitucional, pois poderia haver o risco de subverter elementos essenciais do seu sistema jurídico que

---

<sup>335</sup> Miguel Poiães Maduro defende que há uma continuidade intencional entre a norma de Maastricht e de Lisboa, enquanto Advogado Geral nas Conclusões ao Processo C-213/07, parágrafo 31.

<sup>336</sup> Afirmando neste acórdão que seria possível para si realizar um controlo sistémico, ainda que abdicando de uma análise caso a caso, Maduro (2006), p. 24 e Sabel e Gertenberg (2010), p. 518. Do mesmo texto, abordando os avanços da jurisprudência constitucional alemã, p. 545 com a importante doutrina *solange* relativa ao controlo constitucional da protecção dos direitos fundamentais onde o Tribunal Constitucional recusaria o controlo das normas da União Europeia por esta garantir uma protecção equivalente à oferecida pelo seu sistema jurídico, com as Decisões Bananas, p. 545 e Voßkuhle (2010), p. 192. Sobre como este critério de *solange* é permanente no controlo constitucional do tribunal alemão, Guastaferrro (2012), p.10.

<sup>337</sup> Não importando tanto aqui a avaliação por este Tribunal da existência de actos viciados por *ultra vires*. Sobre esta decisão, por exemplo, Canotilho (2008), p. 94-95.

teriam sido definidos pelo poder constituinte como matérias que não poderiam ser de modo algum alteradas tanto internamente pelo órgão legislativo, como externamente por mão da União Europeia, ou melhor, que poderiam ser definidas externamente na União Europeia, mas que nunca poderiam ser eficazes no ordenamento jurídico alemão.<sup>338</sup>

O Tribunal Constitucional Italiano com o acórdão Frontini, em 1973, tendo mantido até aos dias de hoje semelhante critério, definiu que seriam limites à deferência na aplicação<sup>339</sup> das normas da União Europeia a definição normativa da União Europeia fosse contra o estabelecido constitucionalmente quanto a direitos fundamentais e princípios fundamentais da estrutura estatal.<sup>340</sup> O Tribunal Constitucional Francês afirmou em 2006 que a transposição de directivas não poderia obstaculizar regras e princípios inerentes à identidade constitucional francesa. O Tribunal Constitucional Espanhol, na sua conhecida Declaração 1/2004, afirmou que a regra que permite a aplicação das normas da União Europeia teria como limite estruturas básicas constitucionais onde se incluíam, na sua visão, a protecção dos direitos fundamentais.<sup>341</sup>

Estes acórdãos de Tribunais Constitucionais fixam verdadeiramente qual o limite da deferência à aplicação das normas da União Europeia nas suas comunidades político-jurídicas. Para estas instâncias jurisdicionais, caso esse limite seja ultrapassado, os aplicadores jurídicos dessas comunidades terão o dever de não aplicar essas normas, por estas atentarem contrarregas e princípios basilares da identidade constitucional.<sup>342</sup> Veremos que o procedimento que leva à não aplicação foi sendo, por decisões próprias do sistema jurídico, alterado<sup>343</sup>, mas que, expressamente ou implicitamente, todos contendem

---

<sup>338</sup> Seguimos de perto a análise feita em Claes e Reestman (2015), p. 917-930.

<sup>339</sup> Permitindo a não aplicação das normas nacionais e não a sua desaplicação, por esta ter em Itália um valor normativo de invalidade, ausente nesta preferência de aplicação.

<sup>340</sup> Este tribunal utiliza uma frase extremamente expressiva neste sentido, “violação do empenho comunitário do Estado Italiano que tal incompatibilidade importava”, citado em Ribeiro (2005), p. 941, além do já citado quando se abordou a teoria dualista deste Tribunal.

<sup>341</sup> Com outros exemplos de decisões dos Tribunais Constitucionais que definiram os limites à integração e à aplicação das normas, ver o parágrafo 30 da BVerfG, 2 BvR 2728/13.

<sup>342</sup> Falando de um poder de veto dos Tribunais Constitucionais, Maduro (2006), p. 36 e 50-51. Uma expressão feliz, da autoria de Galvão Teles (2006), p. 323 aborda o conceito de “inconstitucionalidade com título de eficácia”.

<sup>343</sup> Elke Cloots dando exemplos de decisões com um sentido semelhante de outros Tribunais Constitucionais não citadas neste texto de Estados-Membros, defende que estas decisões não têm que ver com uma questão de identidade constitucional, mas tendo mais com uma questão de soberania e que, assim sendo, muito desses arestos constitucionais não se podem arrogar enquadrar no 4.º do TUE, Cloots (2016), p. 91-94, defendendo que o conceito de identidade para a União Europeia teria se relacionar com o respeito de diferentes tradições comunitárias, para que não existissem fenómenos de alienação e fenómenos de agregação indesejados, permitindo, caso se respeite essas identidades nacionais, melhores resultados políticos. Pela definição que defendemos de soberania, como a ausência de intromissões não queridas à definição das



com uma questão identitária – sem a existências daqueles valores, aquela comunidade já não se se identifica.

Do outro lado, no sistema jurídico da União Europeia, posteriormente ao momento de definição da autonomia quanto à definição da validade do seu sistema, e num momento de maior maturidade dessa autonomia, registou-se um movimento que não sendo inflexivo, obrigou a uma maior complexidade dos elementos do seu sistema, criando um limite claro à integração do sistema jurídico da União Europeia.<sup>344</sup> Isto deveu-se, no caso da identidade, principalmente ao artigo do Tratado de Maastricht (alterado pelo Tratado de Amesterdão que fez cair a oração “cujos sistemas de governo se fundam nos princípios democráticos”), ainda antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa onde foram esgrimidos argumentos baseados na identidade constitucional. Exemplos disso mesmo são os processos Portugal c. Comissão em que Portugal invocou a autonomia da Região Autónoma dos Açores como estrutura da Constituição Portuguesa para justificar um auxílio de Estado, não lhe sendo dado provimento pelo TJUE por a medida de redução da carga fiscal tomada pelo Açores teve como contraponto o aumento correspondente das transferências da Administração Central, não se tendo aceite uma derrogação às regras da União Europeia baseadas nessa característica identitária de Portugal.

Outro exemplo anterior ao Tratado de Lisboa, e neste caso marcante para a história mais recente nesta temática, é o caso Omega onde o Tribunal permitiu uma derrogação à liberdade fundamental de circulação de bens e serviços pelo espaço da União Europeia por razão da existência de um âmbito mais alargado de protecção da dignidade da pessoa humana pela Alemanha<sup>345</sup>, ainda que não fosse partilhado por a generalidade dos Estados-

---

respostas de um sistema jurídico (seguimos de perto, como já dito, Cohen), ao mesmo tempo que tomamos o conceito de Häberle como Constituição com uma forte referência cultural, não encontramos diferenças jurídicas de fundo que se permita incluir neste artigo o respeito por características culturais como a língua, história e tradições (é o que a Autora define ser o âmbito da norma, p. 90 e não se incluam princípios jurídicos essenciais como uma particular percepção dos direitos fundamentais ou de uma estrutura básica de um Estado. Defendendo a simbiose entre os conceitos de identidades nacional e constitucional, Guastafarro (2012), p. 8; por todos, demonstrando a ligação entre a construção do âmbito de protecção dos direitos fundamentais em específico com a história de uma comunidade, Cartabia (2009), p. 20. Em conclusões no Processo Michaniki, C-213/07 amplamente difundidas pela doutrina, Poiares Maduro argumenta que só se poderá tomar a identidade nacional contendo em si valores constitucionais, parágrafo 31.

<sup>344</sup> Cfr. Quadros (2005), p. 688 e Guastafarro (2012), p. 29-33 defende tratar-se de uma norma de definição de competência, também pela sua disposição sistemática no Tratado da União Europeia.

<sup>345</sup> Sabel e Gertenberg (2010), p. 512 consideram que este acórdão Omega e outro a que não fizemos referência (sendo igualmente de maior importância, como é o Schmidberger em que se permitiu restrições à liberdade de circulação de bens e serviços por razão de uma manifestação que ocorreria numa auto-estrada essencial para o tráfico intra-comunitário) como decisões de reconciliação entre interesses da União Europeia e os direitos fundamentais.

Membros e, por isso, não tendo hipótese de se enquadrar nas tradições constitucionais comuns. Ainda que tivesse havido uma invocação da ordem pública<sup>346</sup> como derrogação desta liberdade fundamental, pois esta derrogação seria possível para o Direito Primário, verdadeiramente importante é o facto de a Alemanha atipicamente declarar a existência de uma violação dessa mesma dignidade da pessoa humana, se o serviço que venderia o material necessário para se poder ter uma simulação de homicídios por laser pudesse ser comercializado e utilizado na comunidade alemã, e o Tribunal ter considerado ser uma razão legítima e enquadrável na cláusula de ordem pública. Por outro lado, considerou o TJUE que a derrogação por parte das autoridades alemãs teria sido proporcional, por ter limitado o mínimo possível a liberdade fundamental. Isto levou a que se considerasse legítima a não aplicação do direito da União Europeia num caso em que a protecção da dignidade no seu âmbito era manifestamente mais lata que a praticada nos restantes países da União Europeia.

Após o Tratado de Lisboa, são conhecidos importantes acórdãos onde foi invocado o artigo 4.º TUE com o intuito de derrogar normas da União Europeia imperativas, às quais os aplicadores jurídicos nacionais estariam obrigados a cumprir, sob pena de incorrerem em incumprimento. Um dos mais emblemáticos arestos neste âmbito o foi o caso Sayn-Wittgenstein. Uma criança austríaca foi adoptada por um cidadão alemão que teria no seu apelido uma referência nobiliárquica (“Fürstin von”), sendo esse apelido transmitido para o seu descendente. O sistema jurídico austríaco aboliu a possibilidade de haver esse tipo de referência nos apelidos, por força da existência de um princípio republicano e de um igual tratamento, que obstaria ao uso desses termos nos nomes dos cidadãos. O Tribunal de Justiça considerou isto uma restrição à liberdade de circulação, já que a requerente seria prejudicada por ter que usar um nome diferente num determinado Estado-Membro.<sup>347</sup> O Tribunal de Justiça considerou esta derrogação à liberdade de circulação baseada numa razão de ordem pública, mas atribuindo um relevante peso à norma 4.º do TUE, considerando o interesse constitucional (!) da Áustria legítimo e proporcional, ao mesmo tempo que repete o já afirmado no caso Omega, ao estabelecer a

---

<sup>346</sup> Que parece ser uma argumentação mais ou menos frequente neste Tribunal, assim Dobb (2014) p. 321 e Ruge (2017) p. 24.

<sup>347</sup> “Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o facto de uma pessoa que exerceu o seu direito de circular e de permanecer livremente noutro Estado-Membro ser obrigada a utilizar, no Estado-Membro de que é nacional, um nome diferente do já atribuído e registado no Estado-Membro de nascimento e de residência é susceptível de entravar o exercício do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, consagrado no artigo 21.º TFUE” – C-208/09 parágrafo 54.

não imposição de terem estas derrogações de se basear num entendimento comum entre todos os Estados-Membros – no caso Omega sobre o âmbito de protecção dos direitos fundamentais, aqui acerca de interesses identitários do Estado da Áustria.<sup>348</sup>

Não sendo o escopo deste estudo dissecar a jurisprudência tanto dos Tribunais Constitucionais como do Tribunal de Justiça relativamente a esta matéria, investir-se-á algumas linhas a analisar um recentíssimo “diálogo jurisprudencial” ocorrido entre o sistema jurisdicional italiano e o TJUE. Desde o acórdão Granital até a 2008, o Tribunal Constitucional Italiano tinha recusado por diversas vezes o recurso ao reenvio prejudicial, tanto por recusa directa, alegando a falta de legitimidade activa ou tendo por base o argumento retirado da decisão CILFIT (do acto claro), como indirectamente (numa técnica que ficou conhecida por duplo reenvio (*doppia pregiudizialità*),<sup>349</sup> recusando em casos em que o tribunal *a quo* decidisse questionar concomitantemente o Tribunal Constitucional e o TJUE. Os autores italianos que se debruçaram sobre este assunto consideravam que esta opção do TC italiano tinha duas grandes razões: a preservação do dualismo defendido por si e, ao mesmo tempo, não o teria feito com o risco de ao responder primeiro ao tribunal *a quo* apresentando uma posição que poderia ser contrária ao defendido pelo TJUE (que teria em CILFIT “a autoridade da interpretação dada” considerando-se obrigatória para os futuros casos<sup>350</sup>), podendo obrigá-lo, por uma questão de coerência, a dar uso à doutrina saída do Acórdão Frontini dos contra-limites.

Em 2008 o Tribunal Constitucional Italiano fez uso do reenvio prejudicial pela primeira vez, por considerar que, naquele caso em que o controlo da constitucionalidade se fazia a título principal, se enquadrava no artigo 267.º TFUE; em 2013, já num controlo meramente incidental, o Tribunal Constitucional acrescentou questões prejudiciais a um pedido já feito por um Tribunal de Nápoles<sup>351</sup>. Em ambos os casos o TJUE considerou as normas italianas ilegítimas segundo o sistema da União Europeia, levando posteriormente à sua inconstitucionalidade por decisão do Tribunal Constitucional Italiano.

---

<sup>348</sup> “Importa igualmente recordar que, em conformidade com o artigo 4.º, n.º 2, TUE, a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-Membros, da qual faz também parte a forma republicana do Estado” – C-208/09 parágrafo 92.

<sup>349</sup> Desenvolvidamente sobre esta interessante técnica, sobre a qual não poderemos abordar neste estudo, Martinico (2012), p. 871 e 884-893, considerando este autor tratar-se de um “*hidden dialogue*”.

<sup>350</sup> Sobre isto Gorjão-Henriques (2010), p. 519.

<sup>351</sup> Seguimos Cartabia (2015), p. 1795, sendo um exemplo de junção de questões que nos agrada particularmente, ver *infra*. Sobre este percurso tendencial deste Tribunal de abertura ao “diálogo” ver Repetto, (2015), p. 1455-1466, num sentido crítico relativamente aos argumentos usados até 2013 pelo Tribunal para recusar a utilização do reenvio prejudicial.

Foi neste ambiente que em Janeiro de 2017 este Tribunal Constitucional submeteu (pela terceira vez) questões ao TJUE. Este reenvio prejudicial nasce de um anterior reenvio por parte de um tribunal judicial italiano que apresentava a seguinte situação<sup>352</sup>: diversos arguidos estavam acusados dos crimes de fraude em sede de IVA e associação criminosa, tendo montando um esquema que lhes permitia não declarar rendimentos. Ao mesmo tempo, havia uma forte probabilidade de estes arguidos, caso se se ficasse provado a prática dos crimes, não poderem ser sancionados pela existência de uma latente prescrição. O TJUE considerou que, nestes casos, estas normas da prescrição (pelo 161.º do Código Penal Italiano, mesmo com a interrupção da prescrição o prazo de prescrição só poderia ser alargado mais um quarto do prazo de prescrição que é para o Código Penal a pena máxima de prisão para cada ilícito-tipo) nestes casos atentam contra as normas e interesses da União Europeia, como os que obrigam os Estados-Membros a combater estas práticas de fraude, ao mesmo tempo que privam potencialmente a captação de receitas próprias da União, já que parte do seu orçamento advém destas receitas fiscais. Assim, por força do artigo 325.º TFUE<sup>353</sup> que obriga os Estados a deter medidas eficazes (com capacidade dissuasora<sup>354</sup>) de combate a actividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União<sup>355</sup>, este Tribunal concluiu que o Juiz nacional deveria, caso considerasse que nestas situações haveria uma impunidade de facto, desaplicar as normas da prescrição, permitindo a condenação dos arguidos.<sup>356</sup>

Mas diz mais – considera que a não aplicação das normas relativas à prescrição não viola o princípio da legalidade, já que a definição do tipo penal seria anterior à prática do tipo ilícito, não se encontrando qualquer problema nesse sentido, por ter adoptado esta visão mais restrita do princípio.

Os Tribunais *a quo* que anteriormente tinham submetido aquelas questões consideram que a solução proposta pelo TJUE de não aplicar as normas relativas à prescrição é passível de ferir importantes regras e princípios constitucionais, à cabeça o princípio da legalidade. O Tribunal Constitucional nas perguntas que entrega ao TJUE (no

---

<sup>352</sup> Caso Taricco, Ac. TJUE C-105/14.

<sup>353</sup> Aliado ao dever de cooperação leal do artigo 4.º do TUE.

<sup>354</sup> Fazendo referência ao critério Greek maize -, assim Klip, (2016), p. 75 que analisa esta decisão.

<sup>355</sup> Caeiro (2012), p. 183-185 defende que este artigo não garante uma competência prescriptiva penal, detendo apenas força vinculativa de obrigar à criação de normas nacionais coerentes com os objectivos pretendidos de combate a práticas lesivas dos interesses financeiros da UE, não tendo assim as normas europeias a criar neste âmbito “eficácia imediata”.

<sup>356</sup> O problema adensa-se já que a regra do limite à interrupção não se aplica nos casos de associação criminosa. Ainda assim, o TJUE debruça-se essencialmente sobre a prescrição dos crimes de fraude.

sentido de inquirir se mantém a mesma posição) explicita que o princípio da legalidade é basilar na sua estrutura constitucional, referindo os acórdãos Granital e Frontini que abordaram a doutrina dos contra-limites. O Tribunal alega igualmente que o princípio da confiança (que poderia ser tomado como parte das tradições constitucionais comuns)<sup>357</sup> seria também violado, por não ser expectável que o 325.º TFUE pudesse obrigar à não aplicação das normas da prescrição.

Ainda não é conhecida a resposta do TJUE a esta interpelação, que é aguardada com a maior das expectativas. Isto porque o TJUE não entendeu que as regras de prescrição se pudessem enquadrar no princípio da legalidade, antecipando que não aceitará que o Tribunal Constitucional tome essas regras como cláusulas essenciais e identitárias do sistema jurídico italiano. Num outro caso por nós já abordado, o Caso Melloni, o Advogado Geral Bot considerou que a protecção mais estrita do direito à comparência do julgamento não poderia ser tomada como uma questão de identidade nacional já que não considera que a protecção dos direitos fundamentais possa cair no âmbito do artigo 4.º2 TUE. Sem conceder no primeiro argumento, apresenta dúvidas sobre o facto de que a violação deste corolário do direito ao processo equitativo seja atentatória da identidade nacional do Reino de Espanha.<sup>358</sup>

E por isto vale a pena recordar Luhmann quando afirma que entre sistemas que comunicam poderá haver mal-entendidos, já que a compreensão e modo de análise das informações será conseguida por elementos próprios<sup>359</sup> definidos pelo sentido, como neste caso onde o TJUE poderá não tomar essas regras da prescrição como “estruturas políticas e constitucionais fundamentais” (artigo 4.º2 TUE)<sup>360</sup>, porque não se deu a escolha nesse sentido e, por tal, não o compreende tal possibilidade.

Sobre isto e neste sentido, o Advogado Geral Jacobs, no caso Schmidberger alertava de um modo autorizado que *“não se pode excluir automaticamente que um Estado-Membro que invoca a necessidade de proteger um direito reconhecido como fundamental [e] apesar disso prossiga um objectivo que deva ser considerado ilegal nos*

---

<sup>357</sup> Parágrafo 9 da Decisão n.º 24/2017.

<sup>358</sup> Conclusões de AG Bot ao Caso Melloni, parágrafos 138-142.

<sup>359</sup> Em sentido contrário, afirmando que não é um conceito autónomo do DUE, Ruggie (2017) p. 24.

<sup>360</sup> Por isso a ideia apresentada pelo Tribunal Constitucional Italiano de o TJUE ter de aceitar que o preenchimento do conceito de identidade nacional/constitucional, para efeitos do artigo 4.º2 TFUE, ser da competência dos tribunais nacionais parece-nos um *wishful thinking*. Parágrafo 7 da Decisão n.º 24/2017.

*termos do direito comunitário*”.<sup>361</sup> Ainda neste sentido, Poiares Maduro, nas conclusões ao Acórdão Michaniki atribui uma importância relevante à identidade constitucional, embora defenda que essa reivindicação nacional terá de ser limitada pelo direito da União Europeia, no caso particular do enquadramento de um escopo normativo e axiológico de uma directiva, da qual a Grécia tinha interesse em criar uma cláusula por razão de identidade constitucional. Cruz Villalón, no caso Gauweiler, ainda que defenda uma interpretação casuística do TJUE para a análise das reivindicações constitucionais, afirma que o TJUE não poderá tomá-las a todas como passíveis (em abstracto, não contendo, por agora, com a proporcionalidade da derrogação) de derrogar a norma da União Europeia com base no artigo 4.º TUE.<sup>362</sup> <sup>363</sup> Por outro lado, como se tratam de sistemas autónomos e autopoieticos, nunca poderá um sistema alterar por si só a constituição do outro (*rectius*, a alteração dos elementos que permitem as respostas jurídicas de cada um)<sup>364</sup> podendo apenas ser catalisadores dessa mesma mudança que terá sempre de ser executada por mecanismos próprios. Ora, fomentar esses momentos de “irritação” será sempre o mais aconselhado, lembrando-se, todavia, que só existirá essa irritação se o sistema se deixar irritar.

A introdução deste recente caso do Taricco, enquadrado nos arestos primeiramente expostos permite fazer um balanço desta questão da identidade. Em primeiro lugar, percebe-se claramente uma irritação dos sistemas jurídicos nacionais que permitiu que o sistema jurídico da União Europeia fosse criando elementos que pudesse permitir uma

---

<sup>361</sup> Conclusões AG Jacobs no Processo C-112/00, alertando que só deve ser aceite a alegação nacional caso esta se possa enquadrar num interesse legítimo defendido pelo sistema jurídico da União Europeia. Millet (2014), p. 262ff. defende que só se poderá enquadrar na cláusula identitária reivindicações nacionais que se possam enquadrar num constitucionalismo cosmopolita, mostrando-se este autor seguidor das propostas já aqui elencadas por Kumm.

<sup>362</sup> Parágrafos 55-62 do Processo C-62/14. Concordando com o AG, Mengozzi (2016) p. 844.

<sup>363</sup> Processo C-213/07 Parágrafo 33. Neste campo o Tribunal Constitucional Alemão em BVerfG, 2 BvR 2728/13, parágrafo 29, considerou que o conceito de identidade nacional do 4.º TFUE seria diferente do seu conceito disposto no artigo 79.º3 da Lei Fundamental, pelo decidido no Acórdão Sayn-Wittgenstein, baseando-se na dicotomia identidade nacional e identidade constitucional, já abordada. É uma posição com que não podemos concordar, já que a Áustria demonstrou que mais que uma reivindicação “cultural” se tratava de era uma reivindicação constitucional nascida dos princípios republicano e da igualdade entre os cidadãos. Em sentido crítico do dito pelo Tribunal Constitucional Federal, Claes e Reestman (2015), p. 939-941. Em todo o caso, o Tribunal Constitucional considerou primeiramente que a protecção dada pelo 4.º TFUE seria insuficiente no seu ponto de vista por exigir uma posterior proporcionalidade da intenção derogatória da eficácia da norma da União Europeia, também no parágrafo 29. Na decisão de Lisboa, este Tribunal retirou a anterior crítica, considerando a norma da sua Constituição como o artigo 4.º TFUE “vão de mãos dadas”, BVerfG 2 BvE 2/08 parágrafo 240.

<sup>364</sup> No mesmo sentido do texto, dando conta de que a identidade de um sistema jurídico nunca poderá ser imposta por outro, Maduro (2006), p. 41.

resposta deste sistema que estivesse mais conforme às exigências constitucionais dos Estados-Membros.

A participação dos Tribunais Constitucionais nestes processos com o TJUE é altamente aconselhável pela sua preparação técnica<sup>365</sup> quer por fazer aumentar a importância que o TJUE dará à interpretação das exigências constitucionais dos Estados-Membros.<sup>366</sup> Isto aconteceu em casos como o Melloni em Espanha, com o Taricco em Itália e há já mais tempo com o Tribunal Constitucional Alemão. Neste ponto a jurisprudência Melki é importante por permitir que possam os tribunais judiciais inquirir os Tribunais Constitucionais antes do TJUE, obtendo um enquadramento constitucional mais capaz.<sup>367</sup> Este acórdão refere os casos mais problemáticos, onde se avaliará a constitucionalidade de uma norma interna que tenha apenas transposto o sentido da Directiva em causa, sem que tenha havido qualquer espaço discricionário nessa actividade, impondo que, nesse caso, o tribunal terá que proceder ao reenvio prejudicial e obedecer ao afirmado pelo TJUE (relembre-se a doutrina saída da decisão CILFIT e ao decidido em Foto-frost), numa afirmação do primado do sistema jurídico da União Europeia.<sup>368</sup>

A par e passo, o envolvimento do TJUE nos processos de controlo identitário por parte dos sistemas jurídicos é essencial, já que, como aconteceu em alguns dos casos citados, o TJUE permitiu que a primazia da norma em específico (não do sistema jurídico da União Europeia em geral) cedesse para a protecção da identidade nacional, não tendo os

---

<sup>365</sup> Assim, Claes (2015), p. 1333-1335, realçando o papel que estes podem ter na construção do sistema jurídico da União Europeia. Mengozzi (2016) p. 845 afirma o mesmo, dando relevância ao papel dos TCs na definição do que deve ser a identidade constitucional para as suas comunidades políticas. Não obstante, terá sempre de ser o TJUE a definir o âmbito dessa protecção – assim se demonstra a autonomia dos sistemas jurídicos.

<sup>366</sup> Dyevre (2014), p. 158.

<sup>367</sup> É, igualmente, meritório o exemplo austríaco em que o Tribunal Constitucional acrescentou questões a um pedido de reenvio prejudicial já formulado por um tribunal judicial – dando notícia disto Cartabia (2015), p. 1795. Sobre a decisão Melki Dyevre (2014), p. 157. No fundo, definiu-se que a prioridade no recurso ao Tribunal Constitucional pode coexistir com as regras da União desde que o TJUE não fique frustrado de conhecer o litígio nem que os tribunais nacionais fiquem privados do uso do reenvio prejudicial.

<sup>368</sup> Parágrafo 56. Esta jurisprudência é posterior a toda aquela que já tinha garantido, por diversas vezes, um espaço identitário e por isso deve ser interpretada como a possibilidade dada ao TJUE de conhecer se, de facto, será de derrogar a obrigação imposta na norma da União Europeia e, como tal, garantindo-se a primazia do sistema jurídico da União Europeia como um todo, ainda que não se aplique a norma que em abstracto seria escolhida para o caso concreto. Em termos muito semelhantes decidiu o TJUE no caso A c. B e outros, Acórdão TJUE C-112/13; especificamente sobre esta decisão (de Visser, (2015). Revelando um ponto de vista mais céptico, admitindo que este procedimento poderá levar à irrelevância dos Tribunais Constitucionais, Matteucci (2016), p. 709. Concordamos com o receio, ainda que não lhe concedamos tanta relevância – bem vistas as coisas, é apenas uma expressão da autonomia dos sistemas – em caso de decisão de não aplicação da norma da União Europeia por parte de um Tribunal Constitucional nacional, o TJUE também pode ter uma posição de menor importância (relembre-se o já dito pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca deste assunto no Acórdão Lisboa).

tribunais constitucionais de ser obrigados a impedir a aplicação do direito da União Europeia nas suas comunidades. Ora, o Tribunal Constitucional Alemão, com o Acórdão Honeywell, fica obrigado ao envio de questões ao TJUE antes que possa aceitar a não aplicação de normas da União Europeia – aclarando que será apenas possível em casos de maior gravidade<sup>369</sup>, sendo um passo essencial para concretizar uma despressurização de conflitos que se possam prever entre as respostas dos dois sistemas jurídicos, ainda que no final de contas a competência decisão de não aplicação da norma da União Europeia seja própria do Tribunal Constitucional.<sup>370</sup> Por fim, para que o Tribunal de Justiça aceite a derrogação da obrigação imposta aos operadores jurídicos das comunidades de aplicação das normas da União Europeia, terá que haver um juízo de proporcionalidade. Ainda que nalguns casos se tenha limitado a um juízo de “razoabilidade”<sup>371</sup>, ou entregue um juízo mais concreto para os tribunais nacionais, este juízo fez sempre parte do seu processo exegético nesta problemática,<sup>372</sup> que poderá ser resumido pela exigência de que seja utilizado o meio menos lesivo e que seja condição necessária à protecção do interesse nacional.<sup>373</sup> Claro está que isto apenas acontecerá num segundo ponto, onde este Tribunal tenha considerado o interesse nacional alegado como legítimo e enquadrável na norma do artigo 4.º TUE.

Voltando ao caso Melloni, caso o Tribunal tivesse considerado a questão da identidade constitucional não seria claro que considerasse o direito à comparência do julgamento parte das “estruturas políticas e constitucionais fundamentais” de Espanha, ainda que o devesse fazer, na nossa opinião. Ainda que tenha o Advogado-Geral considerado que os direitos fundamentais não se poderiam integrar nesta norma, há o fortíssimo precedente do caso Omega, onde, não há sombra de dúvidas, se enquadrou um direito fundamental nas estruturas constitucionais fundamentais do Estado Alemão e se permitiu a não aplicação de uma norma essencial como a que obrigava os Estados à liberdade de circulação de serviços, por razão de um âmbito de tutela da dignidade da

---

<sup>369</sup> Guastaferró (2012), p. 10 e 11 e nota 26. BVerfG, 2 BvR 2661/06, essencialmente parágrafos 61 e 88. Sobre esta decisão, Pernice (2011), p. 387-388.

<sup>370</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 parágrafo 241. Defendendo que nunca poderia ser uma decisão unilateral, exigindo sempre um diálogo prévio, Sabel e Gertenberg (2010), p. 517. Numa recente decisão do BVerfG, este demonstra uma posição claramente dualista, - 2 BvR 2735/14, deste modo Nowag, 2016, p. 7

<sup>371</sup> Azoulai (2012), p. 216 e Claes e Reestman (2015), p. 937 demonstrando exemplos jurisprudenciais.

<sup>372</sup> Cfr. Sabel e Gertenberg (2010), p. 515.

<sup>373</sup> Ac. TJUE C-213/07. O TJUE já conheceu casos onde se provou a existência de um legítimo interesse identitário nacional, considerando posteriormente que a medida de protecção seria desproporcionada, C-473/93.



pessoa humana ser mais amplo no sistema jurídico alemão.<sup>374</sup> Posteriormente, caso considerasse que esse direito faria parte dessa estrutura fundamental, faria um juízo de proporcionalidade onde tomaria os dois interesses em questão. Caso considerasse ser proporcional a derrogação à obrigação de cumprimento do direito da União Europeia, isto poderia levar a que, Espanha, com a sua exigência própria advinda do direito à comparência ao julgamento, não pudesse nem entregar, nem julgar pela sua Administração da Justiça e fosse aquele MDE sobre Melloni ser abandonado, criando-se uma situação de impunidade.<sup>375</sup> Caso o Tribunal tomasse opção contrária, considerando desproporcionado, Espanha estaria obrigada pelo sistema jurídico da União Europeia a entregar ainda que não estivesse garantido o direito ao recurso/novo julgamento. Isto, claro está, no âmbito do sistema jurídico da União Europeia, podendo-se considerar a hipótese de o Tribunal Constitucional concluir que essa obrigação de cumprir o MDE violava a regra permissiva da aplicação do sistema jurídico da União Europeia na sua comunidade político-jurídica, obrigando os operadores nacionais a não cumprir tal obrigação, ainda que isso levasse a uma acção por incumprimento no sistema jurídico da União Europeia.<sup>376</sup>

---

<sup>374</sup> Ainda que não tenha sido alegado o conceito de identidade na decisão Melloni, o paralelo é possível. já que se definiu que a protecção da dignidade com aquele âmbito de protecção teria como fonte primacial a Lei Fundamental Alemã.

<sup>375</sup> Duarte (2005), p. 849 afirma que em caso de dúvida deve-se dar prevalência à identidade.

<sup>376</sup> Curiosamente, o Tribunal Constitucional Italiano sugere esta possibilidade no caso Taricco – imputa responsabilidades ao Legislador Italiano por não ter salvaguardado os interesses da União pela criação das normas acerca da prescrição, ainda que defenda que não possa *lege data* defender outra solução jurídica que não a aplicação das normas que estão em vigor e que impedem a condenação por razão da prescrição.

## 10. Mandado de Detenção Europeu a propósito da Decisão Aranyosi e Căldăraru

Como já se abordou, o Mandado de Detenção Europeu nasce em 2002 com uma Decisão-Quadro saída do Conselho da União Europeia, no pico de mudança de paradigma por razão da emergência de desafios à segurança com os atentados terroristas do ano de 2001.<sup>377</sup>

Para os Estados-Membros as normas que regulam a cooperação penal dos Estados-Membros pela extradição são substituídas por este mecanismo do MDE, que se propunha ser totalmente jurisdicional, célere e com as possibilidades de recusa à entrega tarifadas e muito limitadas; deixou de ser exigível a dupla incriminação em diversos tipos de ilícito. Serviu este mecanismo para mitigar efeitos perniciosos que a liberdade de circulação de pessoas poderia carregar, à cabeça a impunidade *de facto* por frustração da capacidade investigatória e executória das diversas administrações da justiça nacionais.

Este regime, defendeu-se à época da sua discussão e aprovação, só seria possível com dois princípios absolutamente basilares: o reconhecimento mútuo e a confiança mútua. O primeiro, já o dissemos, baseia-se na decisão de dar eficácia jurídica num determinado fórum ao definido por sistemas jurídicos dos outros Estados-Membros<sup>378</sup>. A confiança mútua trata-se de um conceito apurado paulatinamente<sup>379</sup>, ganhando maior expressividade, na matéria da cooperação penal, com o Acórdão Jeremy F. do TJUE, onde se afirma que “que as respetivas ordens jurídicas nacionais estão em condições de fornecer uma proteção equivalente e efetiva dos direitos fundamentais, reconhecidos ao nível da União, em particular, na Carta, pelo que é assim na ordem jurídica do Estado-Membro de emissão que as pessoas que são objeto de um mandado de detenção europeu poderão explorar as eventuais vias de recurso que permitem contestar a legalidade do procedimento penal ou do processo de execução da pena ou da medida de segurança privativas de liberdade, ou ainda do procedimento penal de mérito que conduziu a essa pena ou a essa medida”.<sup>380</sup> Se o princípio do reconhecimento mútuo é “pedra angular” da Área de

---

<sup>377</sup> Neste sentido Rodrigues (2008), p. 187-189, ainda que tenha o 11 de Setembro sido apenas acelerador, não factor de criação deste mecanismo, como indica a autora.

<sup>378</sup> Assim Poelemans (2009), p. 240 - « *une décision prise dans un Etat membre doit être reconnue, dans tous ses aspects, par les autres Etats membres* ».

<sup>379</sup> No mercado comum, com o conhecido caso Cassis de Dijón, Ac. TJUE 120/78.

<sup>380</sup> Ac. TJUE C-168/13 PPU parágrafo 50.

Liberdade, Segurança e Justiça, o princípio da confiança mútua é o “suporte desta pedra” e sua condição *sine qua non*<sup>381</sup>, se interpretarmos o sentido legislativo da União Europeia. O reconhecimento mútuo enquanto opção política fundamental só pôde existir sustentado numa expectativa política (fundada ou não – “a questão que se põe é de saber se a «*confiance confiante*», isto é, se a confiança política é suficiente” (!)<sup>382</sup>)<sup>383</sup> partilhada pela generalidade dos Estados-Membros, de que cumprir-se-ão na prática jurisdicional (posterior a um acto de cooperação concreto realizado por um seu congénere) certas regras e princípios medulares. É, assim, claro que o reconhecimento mútuo é insubstituível para a efectividade do combate ao crime no Espaço da União Europeia<sup>384</sup>, mas este surge porque pela confiança mútua se expressa que, independentemente da resposta em concreto que possa ou não surgir como emoldurável na construção eminentemente idiossincrática da mancha penal de cada sistema jurídico, toda a protecção jurídica dos cidadãos visados *prima* por uma posição que, sob esse ponto de vista ainda idiossincrático, é tomada por equivalente, não destoando das exigências axiomáticas comuns.

*Da capo*, no Mandado de Detenção Europeu, o TJUE empunha o princípio da confiança mútua em duas frentes, a saber: proibindo quer o exercício de avaliação da efectiva protecção dos visados ou da adequação da resposta criminal (em diferentes domínios – como por exemplo, direitos processuais, proporcionalidade da pena, execução da mesma, etc.), pela administração da justiça do Estado-Membro requerente de cooperação; e em segundo lugar, um dos corolários desta confiança mútua insere-se num campo mais específico, do qual mostraremos a seu tempo a nossa oposição, que tem que ver com a própria interpretação dos motivos de recusa à cooperação, exigindo-se que os Estados-Membros a façam de um modo restritivo, a fim de não obstar, diz-se, ao reconhecimento mútuo e indirectamente, mas ainda essencialmente, à efectividade da repressão criminal no Espaço da União Europeia.<sup>385</sup>

---

<sup>381</sup> Deste modo Rodrigues (2008), p. 71.

<sup>382</sup> Rodrigues, (2008), p. 254.

<sup>383</sup> Caeiro (2012), p. 198 nota 42 afirma que o reconhecimento mútuo tem muito mais que ver com um acto de vontade baseado num conhecimento do que numa confiança – ponto onde demonstramos concordância. Do mesmo modo Van-Tiggelen e Surano (2009b), p. 550. Era esta a opinião do Conselho Europeu, citado por Mitsilegas (2006), p. 281.

<sup>384</sup> Podemos traduzir este conceito pelo avançado por Caeiro (2012), p. 201-202 - “espaço comum de justiça: *a tua justiça é a minha justiça*”.

<sup>385</sup> Sobre isto, Wischmeyer (2016), p. 368 e 374. Num recente acórdão o TJUE aborda esta questão, afirmando que “embora a execução do MDE constitua o princípio, a recusa de entrega está concebida como uma exceção que deve ser objeto de interpretação estrita” Ac. TJUE C-579/15 parágrafo 19.

Por ora afirmar que tomamos este princípio de um modo apartado relativamente ao princípio do reconhecimento mútuo, presente no Mandado de Detenção Europeu. Para Luhmann, as comunicações de um sistema basear-se-ão em apenas elementos do mesmo, numa estrutura autopoietica e autónoma. Sondadas as causas de recusa presentes na Decisão-Quadro do Mandado de Detenção Europeu, surgem-nos justificativos de recusa de entrega ora para execução de sentença, ora para efeitos de procedimento penal (artigo 1.º da DQ), e, portanto, de elementos de resposta (seja pela via directa de recusa, seja pela via enunciativa de obrigação de entrega) que sejam enunciações jurídicas (*rectius*, proposições). Ora não conseguimos antever onde a confiança esteja presente enquanto elemento. Tomamo-lo, desse modo, como apartado, ainda que por ele se tenha permitido imaginar e implementar o reconhecimento mútuo e, desse modo, os elementos da Decisão-Quadro.

Porém, apartado nunca significará irrelevante, pela premissa agora enunciada, mas principalmente como parte do “ambiente” do Mandado de Detenção Europeu, criador de “irritação”, exigindo-lhe, muita das vezes com sucesso, que ao aumento da complexidade do ambiente corresponda a criação (autónoma na criação e tornando mais evidente essa autonomia) de um novo elemento interno.<sup>386</sup>

O caso decidido pelo TJUE a que dá título este capítulo<sup>387</sup> é um forte exemplo disso, em que as novas exigências da confiança que, não há sombra de dúvidas, a complexificaram, enquanto expectativa de um respeito das posições jurídicas fundamentais. Esse fenómeno levou à adição por “irritação” de elementos internos, complexificando o sistema com uma nova possibilidade de resposta. Na presença desta, ainda que seja a complexificação do princípio da confiança que tenha sido o pretexto para a sua existência, esta nova possibilidade de resposta surge em moldes tão semelhantes como os já presentes fundamentos de recusa, mantendo deles a clausura, “saindo de cena” a confiança mútua até que seja necessário mais uma vez que “o sistema se deixe irritar”, permitindo um ponto menos precário no equilíbrio entre o sistema e o seu ambiente. Sobre este ponto, é extremamente impressiva a introdução deste novo elemento advindo da complexificação do princípio da confiança, que surge por “irritação”, em novos mecanismos de cooperação judicial penal. Veja-se por exemplo a Directiva 2014/41 da

---

<sup>386</sup> Afirmando que o reconhecimento mútuo não tem de necessariamente acompanhar a confiança sentida Van- -Tiggelen e Surano (2009b), p. 550 – um argumento para que se tome a confiança apenas como ambiente.

<sup>387</sup> Caso Aranyosi e Căldăraru, Ac. TJUE C-404/15 e C-659/15 PPU.

Ordem Europeia de Investigação que já inclui como causa de recusa a violação de direitos fundamentais (artigo 11.º 1f).<sup>388</sup>

Atentando nas causas de recusa (numa interpretação tanto literal como enunciativa) tentaremos demonstrar este ponto agora lançado de que a confiança está apartada do reconhecimento mútuo e das causas de recusa. No artigo 3.º encontramos a obrigatoriedade da recusa em caso de amnistia concedida pelo Estado de Execução<sup>389</sup>, uma situação de *ne bis in idem*<sup>390</sup> e inimizabilidade por razão da idade<sup>391</sup>, por critério definido pelo Estado de Execução. Ora nestes três casos não antevemos qualquer possibilidade nem de serem proposições do princípio da confiança nem da pertinência de se pensar numa interpretação conforme a este princípio que pudesse estreitar as hipóteses de recusa (como poderia ser exigido no segundo corolário, já visto, do princípio da confiança). Todos estes casos parecem ser refrações do reconhecimento exigido aos Estados-Membros para com o sistema jurídico responsável por uma comunicação jurídica considerada por si legítima<sup>392</sup> - criando-se um “reconhecimento mútuo de soberanias limitadas”.<sup>393</sup>

Quanto às causas de recusa dispostas no artigo 4.º da DQ, o n.º1 respeita à permissão de não entrega por não se estar perante um crime da “lista” em que não é exigível a dupla incriminação; nos n.º2, 3, 4 e 7, mais uma vez, o princípio que permite esta recusa é o reconhecimento mútuo da resposta considerada legítima pelo seu emissor, independentemente de poder ser uma resposta diversa daquela que seria expectável ou crível se esta ocorresse no Estado de emissão (*máxime*, existir ou não sanção penal concreta sobre o agente).<sup>394</sup> Nestes quatro números do artigo 4.º não encontramos nem refração do princípio da confiança, nem a possibilidade de que estas causas de recusa

---

<sup>388</sup> Veremos que no âmbito do asilo, o processo foi inverso, tendo ocorrido primeiro a construção de um novo elemento por mão do TJUE, sendo depois este precipitado no Regulamento n.º 604/2013.

<sup>389</sup> Sobre isto ver Klip (2016), p. 290 e Dias (1993) p. 685-688 – “Ao direito de graça cabe a tarefa político-criminal de constituir como que uma «válvula de segurança» do sistema, correspondendo a ordem jurídica, com um acto de magnanimidade ou de tolerância, à severidade da lei”.

<sup>390</sup> Também este fruto, ainda que apenas parcialmente, do princípio do reconhecimento mútuo, assim, Van-Tiggelen e Surano (2009a) p. 12 e Ac. TJUE C-150/05 parágrafo 43. Afirmando que os artigos 3.º2, 4.º2 e 4.º3 da DQ são explicitações do *ne bis in idem*, Tomkin (2014), p. 1377 nota 23. Este princípio terá de ser visto à luz do artigo 54.º CAAS, com as suas restrições na 2ª Parte.

<sup>391</sup> Ainda que não impeça a “realização de um processo tutelar educativo” Costa (2014) p. 184.

<sup>392</sup> Sobre isto o já afirmado anteriormente. Claramente neste sentido Ac. TJUE C-187/01 e C-385/01, Caso Gözütok e Brügge, parágrafo 33 – “cada um aceite a aplicação do direito penal em vigor noutros Estados-Membros, ainda que a aplicação do seu direito nacional leve a uma solução diferente”. Sobre isto, Klip (2016), p. 285-286.

<sup>393</sup> Feliz expressão de Rodrigues (2008), p. 72.

<sup>394</sup> “As causas de recusa facultativa de execução constantes do art. 12.º, n.º 1, da Lei 65/2003, de 23-08, têm, quase todas, um fundamento ainda ligado, mais ou menos intensamente, à soberania penal” Ac. STJ 24.06.2006

sejam tomadas restritivamente, por razão da confiança que se tem (ou não) no sistema jurídico congénere. O número 5 tem uma intencionalidade protectora do agente, não o deixando, pela recusa, à mercê de ser condenado e cumprir pena por razão de facto típico do qual já tenha sido julgado e, em caso de condenação, já tenha cumprido pena<sup>395</sup>. Neste caso, pouco sentido faria que a pessoa fosse entregue, não podendo pedir-se uma interpretação restritiva, por mor do princípio da confiança. No caso já abordado dos julgamentos *in absentia*, a intencionalidade é a mesma, permitindo-se a recusa da entrega, caso o direito à comparência em julgamento seja violado.

O n.º 6 é, com certeza, o mais problemático, já que poderia ser utilizado para casos onde se vivenciaria uma falta de confiança perante o sistema jurídico de emissão do pedido. Ainda que seja possível como interpretação a utilização do n.º 6 comesse intuito, esta enfrenta dois obstáculos, a saber: a utilização deste modo contraria o sentido da norma, sentido este que não nos parece que deva ser interpretado restritivamente, como poderia exigir o princípio da confiança (e, deste modo, respondendo já à ideia de que não se trata do princípio da confiança, para além da sua necessária existência para o reconhecimento mútuo oferecido às decisões do Estado de Execução) já que, nestes casos pretende-se que o aplicador faça uma avaliação tendo em conta as finalidades de ressocialização do agente visado, decidindo se a execução da pena no Estado de Execução é, nessa perspectiva, mais benéfica.<sup>396</sup> Assim, se em “homem de palha” se fundamentar pela ressocialização, com uma omitida motivação baseada na falta de confiança, esta resposta ainda que nas suas aparências seja legítima, não o é de facto, não se inquinando, assim o nosso raciocínio. Do mesmo modo, *ad absurdum*, poder-se-ia arguir que todas as causas de recusa devem ser interpretadas restritivamente, porque em todas elas é possível tomar em consideração o princípio da confiança que teria o efeito de negar a utilização de uma causa de recusa de entrega poder ser usada por falta de confiança mútua no Estado de emissão - a condenação pelo Estado de Execução pela prática do facto típico ocorrido no seu território ter apenas servido para não entregar o visado, por falta de confiança no sistema jurídico do Estado de emissão.<sup>397</sup> Consideramos, salvo melhor opinião, que no n.º 6 temos uma cláusula ressocializadora que não tem elementos (para além dos sempre

---

<sup>395</sup> Ou claro, “esteja actualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do país de condenação”.

<sup>396</sup> Tendo a nacionalidade e a residência a função de indícios assim Costa (2014) p. 196.

<sup>397</sup> “Não se trata de fazer interpretação extensiva ou restritiva da norma, mas, de atender ao seu enunciado declarativo”, Ac. STJ 01.09.2013.

presentes para o reconhecimento mútuo) do princípio da confiança, não fazendo sentido tomá-los restritivamente.

Em conclusão, o princípio da confiança não pode exigir qualquer interpretação restritiva, por estar intencionalmente apartado da *ratio* inerente às diversas alíneas que permitem a recusa da entrega – ter havido/poder haver uma resposta criminal para aquele facto típico ou, no caso da ressocialização do artigo 4.º da DQ, o Juiz considerar que há mais benefícios para a ressocialização do condenado, se for recusado o pedido de entrega, sendo cumprida a pena no Estado de Execução (*mutatis mutandis* para o caso de entrega para efeito de processo penal com a garantia de devolução para cumprimento da pena no Estado de Execução). Quanto ao mais, não podendo as exigências da mútua confiança mútua assumir um papel judicialmente válido na construção da resposta<sup>398</sup>, deixam-se correr os conhecidos propósitos e exigências da motivação e fundamentação da sentença, não se mostrando qualquer especificidade neste campo.<sup>399</sup> Por outro lado poder-se-ia achar que o TJUE exige uma interpretação restritiva das causas de recusa para que estas não pudessem ser interpretadas de uma forma extensiva ou analógica. Mesmo nestes casos, caso se cumpra, ainda, nessas formas interpretativa os valores e objectivos inerentes à norma que permite a recusa, não antevemos que não o possa ser feito.<sup>400</sup>

Em Abril de 2016 surge uma nova<sup>401</sup> causa de recusa<sup>402</sup>, desta feita de origem jurisprudencial, motivada, dissemos, pela complexificação do princípio da confiança<sup>403</sup>, por permitir a ilidibilidade da presunção de equivalência na protecção por parte dos Estados-Membros - relembre-se, o princípio da confiança expressa uma expectativa de

---

<sup>398</sup> Repita-se: para além do papel que permite reconhecer como própria a resposta do sistema tanto do Estado de Execução como do Estado de Emissão do pedido.

<sup>399</sup> É na fundamentação que se objectiva o que poderá antes ter sido um impulso do decisor Lúcio (1991), p. 215 que ao mesmo tempo permite o convencimento do auditório, fazendo com que as decisões, porque factualmente congruentes e juridicamente válidas, se tornem comunitariamente aceites. Assim, Mouraz Lopes (2011), p. 61,65 e 142. Por tal importância, o ordenamento jurídico toma a sentença que não tenha uma fundamentação, nula. É central a importância do conceito da “verdade” no processo penal, pois é de uma interpretação da prova e do direito tida como válida pela comunidade jurídica que nasce a sua legitimidade, deste modo Ferrajoli (1997), p. 68. Aliás, esta fundamentação é exigida tanto pela Constituição com o artigo 205.º1 CRP como pelo CPP no artigo 97.º5.

<sup>400</sup> Ressalvando-se o caso de analogia *malam partem* que estará impedida.

<sup>401</sup> Em rigor não será nova, já que houve sempre a possibilidade de não se executar o mecanismo do MDE num determinado Estado-Membro, no caso de violação grave persistente (considerando 10 da DQ MDE com os procedimentos exigentes do artigo 7.º1 do TUE), sem que tenha tido relevância prática.

<sup>402</sup> Causa de recusa considerada legítima pelo sistema jurídico da União Europeia, já que mesmo antes desta decisão jurisprudencial, inúmeros países tinham incluído nas suas normas de transposição esta possibilidade, baseando-se estes no artigo 1.º3 da DQ do MDE, assim Kert (2009), p. 25; Weyembergh e Santamaria (2009), p. 74; Mitsilegas (2009), p. 181-182 e Van-Tiggelen e Surano (2009b), p. 557, tendo sido estas sempre censuradas pela Comissão Europeia, ver COM(2011) 175 final.

<sup>403</sup> Sobre esta influência da confiança nas causas de recusa à cooperação Wischmeyer (2016), p. 378-379.

protecção dos direitos fundamentais dos visados pelos mecanismos de cooperação-, sendo que até Abril de 2016, o TJUE tomava esta presunção como praticamente inilidível<sup>404</sup>. Alguns autores intitulam a este actual raciocínio o nome de *Solange* horizontal.<sup>405</sup>

O TJUE conhece um reenvio prejudicial remetido pelo Tribunal de Bremen na Alemanha, onde se perguntava se o tribunal do Estado de Execução não deveria entregar as pessoas requeridas caso, por existirem indícios suficientes de haver um risco de serem violados os direitos fundamentais das pessoas condenadas, pelas condições de detenção presentes nos Estados de Emissão e, por outro lado, se seria legítimo apenas entregar-se as pessoas visadas se lhes fossem oferecidas garantias do cumprimento do nível exigido de protecção dos direitos fundamentais. As perguntas surgiam por dois casos concretos: um cidadão romeno ter sido detido com vista ao cumprimento de um MDE para execução de pena na Roménia, pela prática do crime de condução sem carta de condução e, noutro caso, um cidadão húngaro era visado por um pedido de entrega para efeitos de processo penal, por ser arguido da prática de dois crimes. Nos dois casos surgiu a informação de que, caso se desse a detenção, haveria um risco de serem estes dois cidadãos de Estados-Membros da União Europeia sujeitos a tratamento desumano e degradante durante o período de detenção. Perante estes dois casos, o Tribunal Superior de Bremen considera que essa possibilidade levaria à existência de um obstáculo à entrega por uma norma da Lei Alemã do Mandado de Detenção Europeu<sup>406</sup>.

O TJUE em resposta, dum modo bastante cuidadoso e exigente, acede que a entrega das pessoas requeridas seja adiada, até que haja novas informações que permitam crer-se que deixará de haver, no caso concreto, um relevante risco de exposição a um tratamento desumano ou degradante, podendo pôr-se termo aos MDEs em causa, se essas garantias

---

<sup>404</sup> O TJUE no Parecer 2/13 rezava assim: “importa recordar que o princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros tem, no direito da União, uma importância fundamental, dado que permite a criação e a manutenção de um espaço sem fronteiras internas. Ora, este princípio impõe, designadamente no que respeita ao espaço de liberdade, segurança e justiça, que cada um dos Estados-Membros considere, salvo em circunstâncias excepcionais, que todos os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito”, parágrafo 191, fazendo referência à Decisão N.S. que abordaremos.

<sup>405</sup> Que se aplica também, naturalmente, no Sistema Comum de Asilo, Canor (2013), p. 385; Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2016), p. 21 referindo-se ao mesmo conceito, indicando que o TJUE instituiu um critério exigente.

<sup>406</sup> «Na falta de um pedido nesse sentido, a cooperação judiciária e a transmissão de informações são ilícitas se infringirem princípios essenciais da ordem jurídica alemã. Em caso de pedido nos termos das partes oito, nove e dez, a cooperação judiciária é ilícita se infringir os princípios enunciados no artigo 6.º TUE.» §73, traduzido na versão portuguesa do Acórdão em causa.



não fossem apresentadas num “prazo razoável”<sup>407</sup>. A exigência demonstrada pelo TJUE encontra-se na necessidade de se provar a existência de uma falha sistémica nas condições de detenção daquele Estado-Membro, reportada por Instituições à qual é oferecida credibilidade; caso esta falha sistémica seja provada<sup>408</sup> e se demonstre que há uma violação sistémica à dignidade da pessoa humana, por tratamento desumano ou degradante sobre pessoas detidas (3.º CEDH e 4.º da Carta), criar-se-á uma presunção de risco à exposição a essas situações absolutamente ilícitas no quadro da União Europeia. Esta presunção poderá ser ilidida caso o Estado de Emissão apresente garantias que, apesar da falha sistémica conhecida, as pessoas a entregar terão condições de detenção, pelo menos, equivalentes ao mínimo exigido pela Carta<sup>409</sup> e pela CEDH, interpretada pelo TEDH.

Este acórdão terá de ser interpretado como o início de uma corrente jurisprudencial no âmbito da cooperação em matéria penal que rechaça a necessidade de uma *probatio diabólica* para se conseguir demonstrar estar-se presente uma excepção ao princípio da confiança mútua, indo ao encontro do já decidido noutra campo do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, com o caso N.S.<sup>410</sup>.

O Sistema Comum de Asilo da União Europeia nasce em 2009 com o objectivo de criar um Espaço seguro para os requerentes de asilo, necessitados de protecção perante as ameaças advindas dos seus países de origem.<sup>411</sup> Pretendia-se neste domínio essencialmente dois grandes objectivos: a garantia de que os requerentes não seriam expulsos do espaço da União Europeia e forçados a retornar aos Países, onde vivenciariam, de novo, riscos à sua vida ou liberdade e, por outro, a garantia de fornecimento de condições mínimas de subsistência, não tendo de passar por situações degradantes ou desumanas.

O Sistema Comum de Asilo baseia-se num conjunto de documentos normativos que permitem que esses objectivos se cumpram ao mesmo tempo que reduzem externalidades negativas que lhes poderiam vir adjacentes<sup>412</sup>, como seria, paradigmaticamente, uma circulação de pessoas que faria sobrecarregar alguns países em termos financeiros e logísticos, que teriam mais afluência por razão de um maior desenvolvimento económico.

---

<sup>407</sup> Parágrafo 104.

<sup>408</sup> Ainda que não seja claro se o TJUE vai manter esta primeira exigência. No âmbito da política de asilo, o Tribunal começou por exigir este pressuposto, mais recentemente, na decisão C.K. afirma taxativamente que não será condição necessária para recusar a transferência -Ac. TJUE parágrafo 96, o que significa que o deixou cair esta exigência, aproximando-se do decidido pelo TEDH.

<sup>409</sup> Podendo a UE legislar nesta matéria, com base no artigo 82.º2d) TFUE.

<sup>410</sup> Ac. TJUE C-411/10.

<sup>411</sup> Parágrafo 14.

<sup>412</sup> Morgades-Gil (2015) p. 434.

Assim, era essencial a partilha de esforços com vista ao cumprimento do objectivo da União Europeia. Por conseguinte, só um Estado será responsável pela análise do pedido, sendo este Estado definido no capítulo III do Regulamento n.º 604/2013.<sup>413</sup>

Recebendo todos os Estados-Membros uma forte presunção de garantia de salvaguarda das posições jurídicas dos visados pelo Sistema Comum de Asilo, por obra do princípio da confiança<sup>414</sup>, escolha do Estado Responsável poderia omitir critérios e/ou avaliações desse cumprimento (assim como da correcta análise do pedido de asilo) tornando a resposta significativamente mais simples – utilizando uma expressão de Luhmann, esse dado era “redundante”. A partilha dos esforços era feita, inicialmente, através de a Convenção Dublin<sup>415</sup> onde se estabelecia esses mesmos critérios de atribuição da responsabilidade.

Numa análise longitudinal, o Sistema Comum de Asilo fica obrigado a garantir que durante o período em que o pedido de asilo esteja a ser analisado que não haverá expulsão para os Países de origem, ao mesmo tempo que lhe são garantidas condições mínimas de subsistência.<sup>416</sup> Caso o pedido de asilo for deferido, este Estado fica adstrito a um conjunto de obrigações, como a garantia de acesso aos cuidados de saúde, educação, formação profissional, habitação (em condições iguais a nacionais de países terceiros que habitem no país), apoios sociais, etc.,<sup>417</sup> para com o refugiado ou para com as pessoas elegíveis para protecção subsidiária.

Para que a partilha de esforços seja efectiva<sup>418</sup>, era, pois, necessário que se contrariasse o movimento interno dos requerentes. Para isto, os Estados-Membros não enquadrados nos critérios do Regulamento Dublin II poderiam entregar os requerentes ao Estado-Membro Responsável, a menos que demonstrassem a intenção de esses países poderem analisar o pedido, em derrogação desses critérios de selecção.<sup>419</sup>

---

<sup>413</sup> Hailbronner (2014), p. 136.

<sup>414</sup> Fullerton (2016) p. 105.

<sup>415</sup> Inicialmente como um documento assinado à margem da União, tendo posteriormente sido por esta assimilado, em 2003, com o Regulamento Dublin II, ver Fullerton (2016) p. 66-67.

<sup>416</sup> Com a Directiva 2013/33/UE a estabelecer um conjunto de deveres para com os requerentes de asilo, durante esse tempo de análise do pedido, Fullerton (2016) p. 71-72, fazendo a comparação com a situação norte-americana mais apoiada no apoio por via privada.

<sup>417</sup> Capítulo VII da Directiva 2011/95/UE.

<sup>418</sup> Ainda que se possa discutir se estes critérios estabelecidos favorecem a partilha real de esforços. Em sentido muito crítico das regras actuais, por criarem desproporções entre Estados-Membros, Küçük (2016) p. 450, defendendo o alargamento da obrigatoriedade do uso da cláusula de soberania (p. 464). O TJUE não segue esta posição, ao defender a virtuosidade do critério e da sua ordem, tomando a cláusula de soberania obrigatórias em casos contrários, como este do N.S., assim TJUE C-4/11 parágrafos 32-34.

<sup>419</sup> Conhecida por cláusula de soberania.

No Acórdão N.S.<sup>420</sup>, decidiu-se que a Grécia, ainda que formalmente fosse poderia o Estado responsável, proibindo o Reino Unido e a Irlanda de não procederem à transferência dos requerentes para a Grécia<sup>421</sup>, se fosse comprovado o risco sério de os requerentes serem sujeitos a tratos desumanos ou degradantes durante o tempo de análise do pedido de asilo.

Neste âmbito, o TEDH tinha já condenado a Grécia por esse trato desumano sobre os requerentes de asilo (Decisão M. S. S.<sup>422</sup>). Ao mesmo tempo, no pedido de reenvio prejudicial, veiculava-se informações de que seria altamente provável que os requerentes de asilo fossem estar sujeitos a um tratamento atentatório à sua dignidade. Na sua resposta, o TJUE considerou a existência de uma presunção de cumprimento do dever de protecção dos direitos fundamentais<sup>423</sup>, mas tomou-a como ilidível. Com este passo, o princípio da confiança, que estaria igualmente apartado do processo de decisão de escolha do Estado-Membro responsável, é eficaz na irritação desse mesmo processo, tornando-o mais complexo, não obstante mais autónomo perante o seu ambiente. De todo o modo, esta irritação exige que os Estados-Membros tomem a informação (“quando não possam ignorar que as falhas sistémicas do procedimento de asilo e das condições de acolhimento dos requerentes de asilo nesse Estado-Membro constituem razões sérias e verosímeis de que o requerente corre um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes”<sup>424</sup>) com um novo elemento de resposta que é a não transferência para o Estado primeiramente considerado como responsável. Claro está que esta resposta seria, em termos dinâmicos, insuficiente, pois não estaria esclarecida a situação jurídica do requerente, apenas e só que este não deveria ser transferido para a Grécia.

Não podendo dar-se a transferência para o Estado-Membro primeiramente responsável, o Estado-Membro que procede à determinação do Estado-Membro responsável (termo que aparece apenas em 2013 com o novo Regulamento), o tribunal do Estado que detém a custódia do requerente teria de averiguar se poder-se-á considerar outro Estado-Membro como Estado Responsável pela análise do pedido, ainda de acordo com os critérios estabelecidos no Regulamento Dublin II. O acórdão N.S. diz, por fim, que

---

<sup>420</sup> Detidamente sobre o enquadramento fáctico do caso Fullerton (2016) p. 104.

<sup>421</sup> Canor, (2013), p. 395.

<sup>422</sup> Sobre esta decisão Brower (2013), p. 140-143, que também ilidiu a presunção de confiança no respeito dos direitos fundamentais dos requerentes de asilo. Ver também Fullerton (2016) p. 97-103.

<sup>423</sup> Pelo princípio da confiança mútua, Batjes (2011), p. 9-10 e 15.

<sup>424</sup> Acórdão TJUE C-411/10 e C-493/10 Parágrafo 94.

caso não se defina num prazo razoável esse Estado Responsável, sob pena de violação dos direitos fundamentais, o Estado-Membro que procede à determinação do Estado-Membro responsável tornar-se-á obrigatoriamente o Estado Responsável<sup>425</sup>, devendo examinar o pedido e garantindo as condições de acolhimento que lhe são exigidas. Esta solução encontrada no acórdão foi posteriormente acoplada ao Regulamento que revogou o seu anterior, o já citado Regulamento 604/2013, nos artigos 3.º 1 e 2.

A resolução assim como a justificação presentes no acórdão N.S. merecem a nossa concordância e permitem-nos perceber possíveis caminhos paralelos para problemas igualmente paralelos.<sup>426</sup> Ao tempo do Acórdão N.S., o TJUE não encontrava nas normas o sentido que agora vigora no Regulamento 604/2013 que proibia a entrega, no caso de haver um risco de o requerente ser sujeito a trato desumano ou degradante no Estado Responsável. Não encontrando esses elementos, teve de os criar<sup>427</sup>, no caso dois: a proibição de entrega e a adição aos critérios de decisão relativamente aos Estados Responsáveis. Este segundo elemento surge da adaptação, e consequentemente complexificação da resposta jurídica presente na cláusula de soberania, tornando-a obrigatória em certos casos.<sup>428</sup>

Ora este passo é essencial para a construção de um verdadeiro Sistema Comum de Asilo. A primeira resposta deve ser que, havendo Estados que serão predeterminados para cumprir certa obrigação neste Sistema Comum, dever-se-á dar primazia a que estes a possam cumprir.<sup>429</sup> Porém, caso isto não aconteça, ou por ausência de Estados responsáveis ou por incapacidade de estes cumprirem as suas obrigações (*maxime* falhas sistémicas nos seus sistemas de acolhimento ou risco de expulsão), terá que essa obrigação ser cumprida, caindo, o ónus sobre o Estado-Membro que procede à determinação do Estado-Membro responsável.<sup>430</sup> Esta é a única solução que permite cumprir os dois objectivos, ainda que muito mais complexa que a solução anterior a este acórdão.

O mesmo se deve passar na cooperação penal. Como dissemos, no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, toda a pretensão penal existente e considerada legítima por

---

<sup>425</sup> Parágrafo 108.

<sup>426</sup> Muito relevantes e difundidas foram as Conclusões da AG Sharpston ao caso Radu, Ac. TJUE C-396/11. Aqui a AG faz o paralelo entre o caso Soering do TEDH, o N.S. e caso em questão, parágrafos 73-78, servindo de antecâmara para o que viria a ser decidido no caso Aranyosi e Căldăraru.

<sup>427</sup> Derrogando o estabelecido no Regulamento Dublin II, Fullerton (2016) p. 60.

<sup>428</sup> Do mesmo modo o TEDH obrigou a Bélgica a fazer uso desta cláusula para evitar que os requerentes fossem expostos a riscos de tratamento degradante ou desumano, Morgades-Gil (2015) p. 439.

<sup>429</sup> Demonstrando isto Fullerton (2016) p. 126.

<sup>430</sup> Abordando este fenómeno como uma verdadeira divisão de responsabilidades, Batjes (2011), p. 9.

um Estado Membro deve ser correspondida com uma resposta jurídica no domínio punitivo também considerada legítima pelo seu emissor, que será um Estado Membro (podendo ou não ser o mesmo), ambas balizadas pelo sistema jurídico da União Europeia (com as suas garantias de direitos fundamentais, imposições/proibições de incriminação e mecanismos de cooperação). O entrelaçamento entre uma pretensão punitiva e uma resposta jurídica no domínio punitivo considerada legítima pelo sistema jurídico emissor é *marca de água* da cooperação penal no espaço da ELSJ.

É indesmentível que há actualmente falhas sistémicas nas condições de detenção de reclusos, sendo que a protecção da dignidade é um valor axiológico e um objectivo programático imponderáveis. Por esta razão e por o risco de tratamento degradante ou desumano ser sempre sancionado pela Carta e pela CEDH, este acórdão não levanta a mesma problemática<sup>431</sup> dos níveis de protecção praticados pelos Estados-Membros, como no caso Melloni.<sup>432</sup>

Coerentemente, da mesma forma que se encontrou a resposta no Espaço da União para o problema da inexistência do Estado responsável para a análise do pedido de asilo (e concomitante acolhimento, com todos os custos financeiros e logísticos implicados, associado a obrigações posteriores várias, caso o visado adquira o estatuto de refugiado), ter-se-á, parece-nos, de atribuir uma responsabilidade ao Espaço da União Europeia<sup>433</sup> (e portanto a cada Estado-Membro e aos seus aplicadores jurídicos, por razão da obrigação de cooperação leal – 4.º3 TUE a que estão adstritos pelo sistema jurídico da União Europeia, sendo esta obrigação legítima pela deferência retrospectiva por parte sistema jurídico nacional) para que se garanta o objectivo da União na repressão do crime e do combate à impunidade que, não se pode olvidar, foram o *leitmotiv* na criação de medidas compensatórias à liberdade de circulação, onde o MDE se enquadra por excelência, sem que isso ponha em causa posições fundamentais dos seus visados (como se passou no Sistema Comum de Asilo).

---

<sup>431</sup> Falando em previsibilidade acerca da existência do mesmo, Ballegooij e Bárd (2016), p. 460, pela existência de informação qualificada sobre sistémicas violações a direitos fundamentais no seio penitenciários.

<sup>432</sup> Anagnostaras (2016), p. 1682 e Lenaerts (2017) p. 837 demonstra que por essa razão não foi utilizado o conceito de “ordem pública nacional” para não aplicar a norma que obrigaria à entrega.

<sup>433</sup> Podendo esta ideia remontar ao Tratado de Amesterdão – “realizar, em comum, um espaço onde (...) os nossos concidadãos usufruem em conjunto da mesma liberdade, da mesma segurança e da mesma justiça – Gisele Vernimmen citado por Rodrigues (2008), p. 51.

Há diferenças claras entre a protecção dos requerentes de asilo e a repressão criminal. A segunda enfrenta desafios que a primeira não detém, por um Estado assumir uma incumbência que seria naturalmente atribuída a um outro Estado (*máxime* o processo penal e a eventual execução de penas ou medidas de segurança), mas que, por vicissitudes várias, não a pode garantir: a dificuldade na aquisição de prova, a menor necessidade punitiva sentida ou o incremento potencialmente exponencial de custos associados à administração judiciária em nome de outros Estados-Membros.<sup>434</sup> Não as olvidamos nem mitigamos a sua importância, mas contrapomos que sempre foram esses o revés do princípio *dedere aut judicare* que, apesar disso, prevalece, desde há muito como a solução mais justa e ponderada perante os interesses em jogo.<sup>435</sup>

Assim, consideramos que todos os Estados-Membros que tendo jurisdição<sup>436</sup> judicativa<sup>437</sup> sobre o determinado facto, ou pela simples presença no seu território ou por um vínculo de maior força, terão o dever (do mesmo modo que foi atribuído ao Reino Unido e à Irlanda no caso N.S., mas também a todos os Estados-Membros que se pudessem, no caso concreto, enquadrar nos critérios agora dispostos no capítulo III do Regulamento 604/2013) de usar os institutos legais e legítimos que têm ao seu dispor para que a impunidade não seja o passo inevitável a seguir à recusa de cooperação,<sup>438</sup> recusa axiomáticamente essencial pela existência de risco de trato desumano no Estado de emissão do MDE. É primacial ter sempre em mente que o pedido de entrega, ainda que o seu deferimento seja normativamente impossível, nasce de uma pretensão punitiva legítima<sup>439</sup>, merecendo o reconhecimento mútuo pelos sistemas jurídicos congéneres. Pois, este reconhecimento mútuo não se aplica somente aos pedidos de cooperação, mas à própria fisionomia e comportamentos dos vários sistemas penais presentes no Espaço da União Europeia.

---

<sup>434</sup> Revés apresentados nas conclusões do Advogado Geral Bot ao caso, parágrafos 124-126.

<sup>435</sup> Podendo os Estados fazer uso das possibilidades de cooperação presentes na Diretiva 2014/41/UE referente à Decisão Europeia de Investigação em matéria penal, mitigando por aí as limitações processuais sentidas.

<sup>436</sup> Sobre o conceito de jurisdição, ver Caeiro (2010), p. 41. A existência ou não do direito de um tribunal julgar determinado facto típico depende apenas das regras nacionais, assim Klip, (2016), p. 284.

<sup>437</sup> “Poder de definir juridicamente determinada situação concreta através da aplicação das normas pertinentes pelos órgãos legitimados para tanto”, definido por Caeiro (2010), p. 42.

<sup>438</sup> Precisamente, Costa (2014), p. 185, abordando os casos onde o pedido de entrega seria recusado por razão de violação do direito à comparência em julgamento. Alertando para esta possível consequência deste aresto, Anagnostaras (2016), p. 1696.

<sup>439</sup> Desde que não viole obrigações da União Europeia.

Assim é essencial escrutinar-se formas de se cumprir esse objectivo. O Estado de execução *deverá fazer uso* dos artigos 4.º e 5.º da Decisão Quadro, caso a pessoa requerida seja seu nacional ou residente, fazendo com que a pena ou medida de segurança seja cumprida nessa jurisdição.<sup>440</sup>

No caso do artigo 4.º DQ, quando o MDE tiver sido emitido para o cumprimento de uma sentença ou medida de segurança privativa da liberdade, o Estado de execução deverá fazer também uso da expressão “se encontrar”, segundo a jurisprudência Kozłowski<sup>441</sup>, numa interpretação que seja tão lata quanto possível, permitindo que essas pessoas que tenham um vínculo semelhante ao dos residentes de um Estado-membro cumpram a pena ou medida de segurança nesse Estado, tendo como limite claro a manutenção de um sentido útil para a expressão - que não deve ser inferiorizado, tanto pela importância do princípio da legalidade como pela sua *ratio* ressocializadora, que poderia ser totalmente impossibilitado caso se fizesse cumprisse a pena ou a medida de segurança num país em que o visado não detivesse quaisquer ligações sociais.<sup>442</sup> A utilização desta cláusula de ressocialização deve ser permitida para estes casos, por se cumprir na mesma o juízo de que no Estado de Execução do MDE, face ao Estado de Emissão, se oferecerá mais garantias de ressocialização<sup>443</sup>, pois neste caso o visado não estará sujeito a um risco a um tratamento desumano ou degradante que terá, provavelmente, consequências despersonalizantes.<sup>444</sup>

---

<sup>440</sup> A Alemanha toma esta causa de recusa obrigatória para fazer face à sua exigência constitucional de não-extraditar nacionais e residentes (ainda que, com algumas excepções, seja o consentimento ou quando o facto típico tenha uma ponderosa ligação a outra jurisdição), sobre este assunto ver Wahl (2009), p. 129. A existir esta obrigação não encontramos um *dedere aut judicare* (em sentido estrito), sobre este conceito no âmbito desta cláusula de ressocialização, Costa (2014) p. 197.

<sup>441</sup> Ac. TJUE C-66/08 – “para determinar se entre a pessoa procurada e o Estado-Membro de execução existem laços que permitam considerar que essa pessoa está abrangida pela expressão «se encontrar», na acepção do referido artigo 4.º, n.º 6, cabe à autoridade judiciária de execução fazer uma apreciação global de vários dos elementos objectivos que caracterizam a situação dessa pessoa, entre os quais, nomeadamente, a duração, a natureza e as condições da sua permanência, bem como os seus laços familiares e económicos com o Estado-Membro de execução”. Sobre os dois conceitos de residente presentes nesta decisão, por todos, Amicis, (2009), p. 335-337. Considerado como uma reversão jurisprudencial, o Ac. TJUE C-123/08, Caso Wolzenburg, consideramos que este não deve ser aplicado nos casos onde este Estado é o único que detém a possibilidade de “desbloquear” uma situação de impunidade, por no conflito entre a liberdade atribuída ao Estado (por este acórdão) de definir um critério mais estrito de “residente” e o interesse comunitário, este segundo deve prevalecer. Sobre estes dois acórdãos Mancano (2016), p. 730ff.

<sup>442</sup> Precisamente neste sentido, no caso Lopes da Silva Jorge Ac. TJUE C-42/11, parágrafos 32-34 e TJUE C-66/08, parágrafo 37.

<sup>443</sup> A ressocialização do delincente é tida, entre nós, como a “finalidade primordial” do sistema penal, mesmo perante a prevenção geral – Santos (2014), p. 493. Por esta razão, afirma-se que não há uma excepção de nacionalidade/residência que permita recusar a entrega *sem mais*, assim Klip (2016), p. 213.

<sup>444</sup> Relembre-se toda a doutrina já apresentada no “guarda-chuva” da *Labeling Approach*, com as noções de “estigma” e “instituição total” para Ervin Goffman e de “cerimónia degradante” para Garfinkel.

Caso isto não ocorra e o visado não se enquadre nestes critérios legais, há vários caminhos possíveis. Caso o Estado de execução disponha do “poder de jurisdição judicativa”<sup>445</sup> baseada na administração supletiva da justiça penal, deverá iniciar um processo com base nesse poder. Caso o sistema jurídico penal disponha desta regra, a norma nacional será usada com propriedade<sup>446</sup> já que esse Estado é o Estado de execução do MDE, o pedido de entrega não pode ser deferido<sup>447</sup> e poder-se-ia ficcionar que uma norma nacional se poderia enquadrar no facto típico em causa.<sup>448</sup> *Lege ferenda* pode fazer sentido, se esta causa de recusa se tornar de uso frequente e criar nefastas situações de impunidade *de facto* pela existência de conflitos negativos de jurisdição, que seja adoptada uma solução paralela ao que foi feito na DQ 2002/475/JAI, onde se obrigou a que todos os Estados-Membros detivessem este “poder de jurisdição judicativa” para poder julgar, quando não pudessem/quisessem extraditar os suspeitos ou condenados pelos crimes elencados na DQ que obriga à incriminação de práticas associadas ao terrorismo (artigo 9.º3).<sup>449</sup>

O Estado de onde o visado é nacional deverá igualmente requerer a entrega, por MDE, caso o critério que oferece esta jurisdição sobre crimes extraterritoriais praticados por nacionais não exija como condição a presença no seu território<sup>450</sup>; por fim, alguns Estados Membros aderiram a uma Convenção do Conselho da Europa que permite a validação de sentenças de outros Estados Parte Contratantes, podendo fazer desta uso, nos

---

<sup>445</sup> Caeiro (2010), p. 238.

<sup>446</sup> Ainda que apenas baseado num “poder da jurisdição judicativa” não podendo aplicar-se o princípio da não transactividade, seguimos de perto Caeiro (2010), p. 229 e 239.

<sup>447</sup> Sobre este princípio complementar da administração supletiva da justiça penal Dias (2012), p. 228-229.

<sup>448</sup> Por razão de não podermos considerar na administração supletiva da justiça uma ligação com o ilícito-típico construído pela lei portuguesa, assim Caeiro (2010), p. 238.

<sup>449</sup> Sobre isto ver Klip (2016), p. 213. Até porque, como mostra este autor, uma parte considerável das actividades criminosas que não exigem a dupla-incriminação para a cooperação penal foi já, no âmbito da União Europeia, sujeita a harmonização, estabelecendo-se obrigações de *iun puniendi* (403-405).

<sup>450</sup> No recente caso Petruhhin, ainda que por motivo da não discriminação por razão da circulação no Espaço da União e caso se detenha a excepção de nacionalidade, o Estado de onde o visado por um pedido de extradição dum país terceiro é nacional foi obrigado a emitir o MDE para evitar a extradição para fora do Espaço da União. Portugal exige que o agente seja encontrado em Portugal e que não seja possível entregar o agente ao Estado que o requereu, sobre isto Dias, (2012), p. 216-223. Sobre este acórdão, numa detida análise, Costa (2017). O autor apresenta algumas soluções que nos parecem pertinentes explicitar e redireccioná-las para a nossa temática mais específica: que o Estado da nacionalidade tem o dever de emitir o MDE (p. 204) e que o conceito de território pode ser interpretado analogicamente englobando todo o “território da União Europeia” (p. 208), ainda que neste caso não se esteja perante uma analogia *bona partem* por esta poder levar à execução de uma pena face a uma possível situação de impunidade, ao contrário do caso Petruhhin, em que esta seria possível. Concordando, Rizcallah (2017), p. 7, falando em obrigação de emissão do MDE, caso o Estado de onde o visado é nacional tenha jurisdição sobre crimes extraterritoriais praticados por nacionais.



casos em que já haja uma condenação<sup>451452</sup>, fazendo com que pena/medida de segurança seja cumprida no Estado de execução.

Independentemente de haver ou não condenação, os novos processos penais nas jurisdições tanto do Estado de execução como no Estado da nacionalidade do agente não entrarão em conflito com o princípio *ne bis in idem* (pela interpretação do TJUE), porque tanto em pedidos de entrega para processo penal como para cumprimento de penas ou medidas de segurança, na perspectiva oferecida pela decisão Spasic e pela CAAS<sup>453</sup> (no seu artigo 54.º), como pelo artigo 3.º2 da DQ MDE, é exigido o cumprimento da pena. Em casos de o pedido ser para efeitos de procedimento penal (1.º1 DQ MDE), o 54.º do CAAS não impede a coexistência de dois processos em paralelo<sup>454</sup>; apenas se ferindo este

---

<sup>451</sup> Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Penais assinada em 1972, CETS 70. Fazendo referência a este document, Caeiro (2012), p. 200. Poder-se-á aplicar esta Convenção entre os Estados Contratantes com base no seu artigo 5.º e) – “*The sentencing State may request another Contracting State to enforce the sanction only if one or more of the following conditions are fulfilled: e) if it considers that it cannot itself enforce the sanction, even by having recourse to extradition, and that the other State can*”. Klip (2016), p. 450-451 considera que esta Convenção foi sempre muito impopular entre os Estados-Membros da UE.

<sup>452</sup> Nesta proposta surge evidentemente a questão de conflitos de jurisdição. Mesmo fazendo uso deste nosso contributo, não será possível eliminar totalmente a existência de conflitos negativos em casos paralelos ao decidido em Aranyosi e Căldăraru. Quanto a conflitos positivos, não podendo nós abordar detidamente esta temática, parece-nos que há algumas regras que poderão ser seguidas aquando a decisão do Estado de execução em casos de *dedere aut judicare*: a presunção de que o melhor título será o detido pelo Estado do locus delicti; caso este não possa/não queira exercer a sua jurisdição, o binómio ressocialização/boa administração da justiça servirá de referente na definição da resposta, seguimos de perto Costa (2014), p. 137-149. Caeiro (2012), p. 203, defende que o critério para a definição do “melhor foro possível” deverá apenas incidir no abalo na confiança da validade dos bens jurídicos provocado pelo crime. No mesmo sentido, Costa, (2017), p. 206-207, em análise ao caso Petruhhin, estabelecendo a dicotomia entre jurisdição primária (pela existência de uma significativa ligação entre o facto e o sistema jurídico em questão, (p. 203) e subsidiária (que apenas surge por outro Estado ter requerido colaboração do Estado de execução), afirmando que a jurisdição primária (onde se inclui o princípio da nacionalidade) deve ter prevalência em caso de conflito positivo. Este raciocínio só será possível caso se tome por provada que o critério da nacionalidade tem que ver com o abalo na confiança na validade dos bens jurídicos violados e não por razões de protecção dos cidadãos nacionais de um determinado sistema jurídico. Caeiro (2010), p. 203 e Costa (2017), p. 201 aderem a esta posição; Dias (2012), p. 216 defende que este princípio surge como refracção de um dever de cooperação, associado à protecção dos nacionais. Consideramos que, independentemente de qual o fundamento, o Estado da nacionalidade terá esse dever de emitir o MDE, julgando-o por força do critério da nacionalidade (critério que está presente em todos os Estados-Membros da UE ao contrário do princípio da administração supletiva da justiça penal, onde apenas uma minoria o segue, assim, Costa, (2017), p. 201; em todo o caso, o fundamento deste dever, que surge pelo sistema jurídico da União Europeia, de aplicar as suas regras a um facto ocorrido extraterritorialmente por um seu nacional é o dever de todos os Estados-Membros presentes no Espaço da União Europeia (ELSJ) de combater a impunidade, tomando-se estas acções estatais também como medidas compensatórias à livre circulação de pessoas (em sentido muito lato). Claro que perante um conflito de pedidos concorrentes em que um deles não ofereça garantias da ausência de tratamento degradante no momento da detenção, este deve ser postergado em favor do seu concorrente. Sobre o conflito de pedidos concorrentes ver Weyembergh e Santamaria, (2009), p.53.

<sup>453</sup> Aprovada em 1990 tendo sido integrada no sistema jurídico da União Europeia com o Tratado de Amesterdão (por um Protocolo), assim Tomkim (2014), p. 1375-1376.

<sup>454</sup> Klip (2016), p. 287) ainda que a Decisão Quadro 2009/948 requeira um trabalho efectivo para a não existência desses casos por parte dos Estados-Membros. Sobre esta restrição ao princípio Ramos (2009), p.

princípio nos casos de condenação, quando já se tenha cumprido a pena, esta esteja a ser cumprida, ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida, casos que serão tendencialmente diminutos. No acórdão Spasic, o TJUE considerou que esta seria uma restrição ao artigo 50.º da Carta, contudo proporcional.<sup>455</sup>

Caso não exista o dever que impenda sobre os Estados, como acontece com o Sistema Comum de Asilo, o entrelaçamento entre as pretensões punitivas de um Estado-Membro e uma resposta jurídica considerada legítima pelo seu emissor no domínio punitivo fica quebrado. Como vimos, todas as causas de recusa baseavam-se sempre numa resposta jurídica no domínio punitivo, que permita o seu reconhecimento. Ora neste caso do Aranyosi e Căldăraru, há uma pretensão punitiva que será reconhecida, mas que fica impedida a consequente construção de uma resposta para essa mesma pretensão. Sem desprimor da importante (e axiomática) resposta do TJUE às fortes “irritações” advindas da falta de confiança mútua, por razão das condições de detenção, parece-nos que é uma resposta do TJUE francamente incompleta.

Por fim, falta dar resposta ao problema que nasce da nossa interpretação alternativa ao resolvido pelo TJUE no caso Melloni. Sendo Stefano Melloni um cidadão italiano que reside em Itália, não tendo vínculos suficientes para que se possa inserir no critério “se encontrar” do artigo 4.º6 DQ MDE (pressupondo-se que Espanha tenha transposto esta causa de recusa de entrega), não tendo Espanha a jurisdição baseada na administração supletiva da justiça e porque Itália não ratificou a Convenção do Conselho da Europa, não se poder contornar o nó górdio, caso Itália não consiga garantir o recurso/novo julgamento, tornando inviável a execução da pena em Espanha. Assim, tudo passará, pela nossa hipótese, por uma análise no âmbito da identidade constitucional de Espanha e da sua protecção pelo sistema jurídico da União, que decidirá, no âmbito do sistema jurídico da União, se Espanha tem a obrigação de entregar Melloni às autoridades italianas.

---

302-308 “somos forçados a concordar que uma decisão cuja execução foi emitido um MDE não preenche os requisitos da CAAS, por não estar preenchida a condição de execução”, do mesmo modo Ac. TJUE C-288/05<sup>455</sup> Sobre esta condição, Klip (2016), p. 291-293. Parecendo contrariar esta doutrina, ainda que numa problemática algo diversa, o Ac. TJUE C-579/15 parágrafos 44-48, ainda que sem razão, parece-nos.

## 11. Conclusão

Neste estudo abordámos algumas das temáticas recentes do Direito Criminal da União Europeia. Considerámos que os escritos de Luhmann conseguiriam acrescentar luzes e sistematicidade a algumas problemáticas que poderiam não ter encontrado um quadro que permitisse uma organização conceptual mais elaborada.

Tomámos o dualismo como modelo teórico (coadjuvado naturalmente por Luhmann) ainda capaz de explicitar as relações entre os sistemas jurídicos da União Europeia, permitindo destrinçar e esquematizar respostas jurídicas que vem sido veiculadas por alguns dos Tribunais Superiores – como as ideias de deferência à aplicação de normas da União Europeia nas comunidades políticas nacionais com os seus limites e pressupostos.

Estudámos a raiz comunitária da União Europeia, concluindo que esta não poderá ainda ser considerada uma comunidade política pela ausência de pontos de contacto entre os seus textos primaciais e os cidadãos da União Europeia, por razão de não terem existido (e assim se mantendo) momentos constitucionais.

Por fim, estudámos dois acórdãos sobre a cooperação penal no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, o Caso Melloni e o Caso Aranyosi e Căldăraru.

Sobre o primeiro, *lege data*, propusemos uma diferente resposta, dando possibilidade que o nível de protecção espanhol seja tomado em consideração, demonstrando uma possibilidade de interpretação do artigo 53.º CDFUE que lhe permita alguma importância prática regulatória. Isto foi realizado eminentemente com os conceitos “europeizados” de preempção, que fizeram seu curso na experiência norte americana.

Elaborou-se uma proposta de conceito de efectividade para a cooperação penal no Espaço da União Europeia, que entrelaça as várias pretensões punitivas tidas como legítimas pelos seus autores com uma resposta considerada legítima pelo seu emissor, enquadrados no direito da União Europeia, com as suas obrigações e limitações à acção.

Estudou-se, dando o maior ênfase à esquematização do percurso histórico dos conceitos de identidade constitucional para o sistema jurídico da União Europeia e dos Estados-Membros, reflectindo como se originaram “irritações mútuas” que permitiram uma mais facilitada convivência, apesar de este não ser um assunto fechado, tendo apresentado uma sucessões de decisões que poderão levar a novo ponto de afastamento de

posições. Por fim, no caso Aranyosi e Căldăraru considerou-se insatisfatória a resposta oferecida pelo Tribunal face ao já criado no Sistema Comum de Asilo, por não ter conseguido corresponder em igual medida ao problema emergente da impunidade no Espaço da União Europeia. Assim, apresentou-se algumas propostas de resolução, com vista a conciliar o que sempre foi pretendido no Espaço da União Europeia: a protecção dos direitos fundamentais como axioma, os programas comuns como objectivos.

## 12. Bibliografia

Ackerman (1984) Ackerman, Bruce, "Storrs Lectures: Discovering the Constitution", Faculty Scholarship Series Paper 149, 1984

Ackerman (1989) Ackerman, Bruce, "Constitutional Politics/Constitutional Law" Faculty Scholarship Series. Paper 140, 1989

Alter (2001) Alter, Karen J., *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Karen J. Alter, Oxford, Oxford University Press, 2001

Amicis (2009) Amicis, Gaetano de, *La reconnaissance mutuelle et la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen dans l'ordre juridique italien, France in The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, editado por Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, Anne Weyembergh, Laura Surano, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2009

Anagnostaras (2016) Anagnostaras, Georgios, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldaru*, *Common Market Law Review*, 53, 6, pp. 1675–1704, 2016

Antunes (2015) Antunes, Maria João e Costa, Joana Fernandes "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal" in "A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português" Organização Pedro Caeiro, 2015

Arena (2010) Arena, Amedeo, The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen, Jean Monnet Working Paper 03/10, Nova Iorque, NYU School of Law, 2010

Arena (2016) Arena, Amedeo, Exercise of EU Competences and Pre-emption of Member States Powers in the Internal and the External Sphere: Towards ‘Grand Unification’, *Yearbook of European Law*, pp. 1–78, 2016

Arribas (2012) Arribas, Fernando Martínez, El proceso de constitucionalización de la Unión Europea y el modelo de distribución de competencias entre la Unión y los estados miembros, Santiago de Compostela, 2012

Assembleia da República (2001) Assembleia da República, A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia : a participação da Assembleia da República, Lisboa, Comissão de Assuntos Europeus, D.L. 2001

Azoulai (2012) Azoulai, Loïc, The Case of Fundamental Rights: a State of Ambivalence, The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2012

Ballegooij e Bárd (2016) Wouter Van Ballegooij, Bárd, Petra, Mutual Recognition and Individual Rights, Did the Court Get it Right?, *New Journal of European Criminal Law*, 7, 4, pp. 439 – 464, 2016

Batjes (2011) Batjes, Hemme, Mutual Trust in Asylum Matters: The Dublin System in The Principle of Mutual Trust in European Asylum, Migration, and Criminal law, Reconciling Trust and Fundamental Rights, Editado por Hemme Batjes e outros, Amesterdão, FORUM, Institute for Multicultural Affairs, 2011

Bauböck (2007), Bauböck, Rainer, Why European Citizenship? Normative Approaches to Supranational Union, *Theoretical Inquiries in Law*, 8, 2, 2007

Besselink (1998) Besselink, Leonard F. M., Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European union, *Common Market Law Review*, 35, 3, p. 629-680, 1998

Besselink (2014), Besselink Leonard F. M., The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni, *European Law Review Forthcoming* Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2345143> 2014

Bogdandy (2008) Bogdandy, Armin Von, Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law, *International Journal of Constitutional Law*, 6,3- 4, pp. 397–413, 2008

Bronze (2010) Bronze, Fernando José, Lições de introdução ao direito Coimbra, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2010

Brower (2013) Brouwer, E., Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof., *Utrecht Law Review*. 9,1, pp. 135–147, 2013

Búrca (2003) Búrca, Gráinne de, Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the European Court of Justice *in* Sovereignty in Transition, editado por Neil Walker, Oxford, Hart, 2003

Burdeau (1966) Burdeau, Georges, *Traité de Science Politique*, Paris : L.G.D.J., Tomo IV, 1966

Caeiro (2010), Caeiro, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso português*, Coimbra, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010

Caeiro (2012) Caeiro, Pedro, *A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição*

nacionais, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, p. 179-210, 2012

Caeiro (2014) Caeiro, Pedro, A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu", in O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE: Desenvolvimentos Recentes, Coordenação de Constança Urbano de Sousa, Lisboa, Edial, 2014

Caeiro (2015) Introdução / Introduction, in Pedro Caeiro (org.), A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português / The European Union Agenda on Procedural Safeguards for Suspects or Accused Persons: the "second wave" and its predictable impact on Portuguese law, Instituto Jurídico, 2015

Canor (2013) Canor, Iris, My brother's keeper? Horizontal solange: "An ever closer distrust among the peoples of Europe", *Common Market Law Review*, 50, 2, pp. 383–421, 2013

Canotilho (2008) Canotilho, Mariana, O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção em Matéria de Direitos Fundamentais (Tese de Mestrado), Disponível em <https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000047001-000048000/000047387.pdf>, 2008

Canotilho e Moreira (2013) Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, "Constituição da República Anotada", Vol. I, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

Canotilho e Moreira (2014) Canotilho, José J. Gomes e Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa, anotada, 4ª Ed rev., Coimbra Editora, Coimbra 2014

Caplan (1983), Caplan, Russel L., The History and Meaning of the Ninth Amendment, *Virginia Law Review*, 69, 2, p. 223-268, 1983



Cardoso da Costa (1999) Cardoso da Costa, José Manuel M.a, “O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas” in “Separata de Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho”, Dialética, S. Paulo, 1999

Cartabia (2003) Cartabia, Marta. The Legacy of Sovereignty in the Italian Constitutional debate in *Sovereignty in Transition*, editado por Neil Walker, Oxford, Hart, 2003

Cartabia (2009), Cartabia, M. “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously,” *European Constitutional Law Review*, 5, 1, p. 5–31, 2009

Cartabia (2015) Cartabia, Marta, Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling, *German Law Journal*, Vol. 16 No. 06, pp. 1791-1796, 2015

Claes (2015) Claes, Monica, Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure, *German Law Journal*, 16, 6, p. 1331-1342, 2015

Claes e Reestman (2015) Claes, Monica e Reestmann, Jan-Herman, The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case, *German Law Journal*, Vol. 16, n.º4, p. 917-970, 2015

Cloots (2016) Cloots, Elke, National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 45, 2, p. 82-98, 2016

Cohen (2012) Cohen, Jean L. Cohen, Globalization and Sovereignty, Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism, Cambridge, Cambridge University Press, 2012

Constantinesco (2013) Constantinesco, Vlad, La souveraineté dans l'Union européenne et dans ses États membres : retour sur une question qui divise in *Scrutinizing internal and external dimensions of European law = Les dimensions internes et externes du*

droit européen à l'épreuve : liber amicorum Paul Demaret, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, Vol. I, 2013

Costa (2017) Costa, Miguel João de Almeida, The emerging EU extradition Law. Petruhhin and beyond, *New Journal of European Criminal Law*, 8, 2, p. 192-2015, 2017

Cunha (2005) Cunha, Paulo Ferreira, A Revolução Constitucional, Reflexões sobre a génese, sentido histórico e contexto jurídico de um novo paradigma juspolítico, Sep. de Colóquio ibérico : Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

de Visser (2015) de Visser, Maartje, Juggling centralized constitutional review and EU primacy in the domestic enforcement of the Charter: A.v. B., *Common Market Law Review*, 52, 5, pp. 1309–1337, 2015

Dias (1993) Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, Coimbra, Coimbra Editora, 1993

Dias (1993) Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, Coimbra, Coimbra Editora, 1993

Dias (2012) Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora (2012).

Dobb (2014), Dobb, Mary, Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?, *Yearbook of European Law*, 33, 1, p. 298–334, 2014

Dougan (2015) Dougan, Michael , Judicial review of Member State action under the general principles and the Charter: Defining the “scope of Union law”, *Common Market Law Review*, 52, 5, pp. 1201–1245, 2015

Duarte (1997) Duarte, Maria Luísa, A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados Membros, Lisboa, Lex, 1997

Duarte (2005) Duarte, Maria Luísa, A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-membros — elementos de um aparente paradoxo, *O Direito*, 137º, IV-V, 2005

Dyevre (2014) Dyevre, Arthur, If You Can't Beat Them, Join Them The French Constitutional Council's First Reference to the Court of Justice (Jeremy F. v. Premier ministre, 4 April 2013), *European Constitutional Law Review*, 10, 154–161, 2014

Eleftheriadis (2009) Eleftheriadis Pavlos, Pluralism and Integrit, Oxford Legal Studies Research Paper No. 43/2009, 2009

Fassbender (2003) Fassbender, Bardo, Sovereignty and Constitutionalism in International Law in N. Walker Sovereignty in Transition, Oxford, Hart, 2003

Fullerton (2016) Fullerton, M., Asylum Crisis Italian Style: The Dublin Regulation Collides with European Human Rights Law, *Harvard Human Rights Journal*, 29, p. 57 – 134, 2016

Galvão Teles (2006) Galvão Teles, Miguel, “Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – Em particular sobre o artigo 8º, nº 4, da Constituição Portuguesa, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do Seu Nascimento, Coimbra, Coimbra Editora, Vol. II, 2006

García (2002) García, Ricardo Alonso, The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Jean Monnet Working Paper 4/02, Nova Iorque, New York School of Law, 2002

Gasaway e Parrish (2007) Gasaway, Robert R. e Parrish, Ashley C., The Problem of Federal Preemption: Toward a Formal Solution, in Federal Preemption: States' Powers, National Interests Editado por Richard A. Epstein e Michael S. Greve, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2323027>, 2007

Gomes Canotilho (2002) Canotilho, José Joaquim Gomes, Direito constitucional e teoria da constituição Almedina, Coimbra, 6ª ed., 2002

Gomes Canotilho (2006) Canotilho, J. J. Gomes, “Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Edições Almedina, Coimbra, 2006

Gonçalves Pereira e Quadros (2013) Gonçalves Pereira, André e Quadros, Manual de Direito Internacional Público, Coimbra, Almedina, 3ª Edição, 2010

Gorjão Henriques (2011) Gorjão-Henriques, Miguel, Direito da União : história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência, Coimbra, Coimbra Editora, 6ª Edição, 2010

Górski e Hofmanski (2008) Górski, Adam e Hofmański, Piotr, he European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union, Varsóvia, Wydawnictwo C. H. BECK, 2008

Goucha Soares (1996) Soares, António Goucha, Repartição de Competências e Preempção no Direito Comunitário, Aplicação da doutrina da preempção desenvolvida pela united states supreme court à repartição de competências, Lisboa, Edições Cosmos, 1996

Graça (2014), Graça, António Pires Henriques da, O Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

Griller (2008) Griller, Stefan, Is this a Constitution? Remark on a contested concept, *in* The Lisbon Treaty, Eu Constitutionalism without a Constitutional Treaty, editado por Stefan Griller e J. Ziller, Springer, 2008

Guastafarro (2012) Guastafarro, Barbara, Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause, Jean Monnet Working Paper 01/12, Nova Iorque, NYU School of Law, 2012

Guerra Martins (2004) Martins, Ana Maria Guerra, O Tribunal de Justiça como garante da constituição europeia *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

Guerra Martins (2012) Martins, Ana Maria Guerra, Manual de Direito da União Europeia, Coimbra, Almedina 2012

Guerra Martins (2016) Martins, Ana Maria Guerra, Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais, Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo, *in* Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Coimbra, Almedina, Vol. I, 2016

Häberle (1997) Häberle, Peter, Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição : contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, Porto Alegre , Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

Häberle (2000) Häberle, Peter, Teoría de la constitución como ciencia de la cultura, Madrid, Tecnos, 2000

Häberle (2001) Häberle, Peter. “La imagen del ser humano dentro del estado Constitucional”, Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel, 2001.

Habermas (1994) Habermas, Jürgen, *Citizenship and National Identity in The Condition of Citizenship*, Editado por Bart van Steenberg, Londres, Sage Publications, 1994

Habermas (1996) Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms, Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996

Habermas (1998) Habermas, Jürgen, "O conteúdo Normativo da Modernidade" in "O discurso Filosófico da Modernidade, Lisboa, Publicações D. Quixote, 1998

Habermas (2007) Habermas, Jürgen, *Identidades Nacionales y Postnacionales*, Madrid, Tecnos, 3ª Edição, 2007

Habermas (2011) Habermas, Jürgen, *Why Europe needs a Constitution?*, *NLR*, 11, p. 5-26, 2001

Hailbronner (2014) Hailbronner, Kay, *The Common European Asylum System: reality, wishful legal thinking or synonym for shifting responsibility for failures of national asylum systems to the European level?* In *O espaço de liberdade, segurança e justiça da UE: desenvolvimentos recentes= The EU area of freedom, security and justice: recent developments*, Editado por Constança Urbano de Sousa, Lisboa, Edial, 2014

Joffe (2009) Joffe, Josef, *Verfassungspatriotismus : wrong concept, right country in Citizenship in America and Europe : beyond the nation-state?* Edição de Michael S. Greve e Michael Zöller, Washington, D.C., AEI Press, 2009

Kalimo (2003), Kalimo, Harri, *Reflections on the scope and pre-emptive effects of Community legislation - A case study on Directive 2002/95/EC Restrictions on Hazardous Substances (RoHS)*, Jean Monnet Working Paper 6/03, Nova Iorque, NYU School of Law, 2003

Kelsen (1984) Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, Trad. de João Baptista Machado, 6ª Edição, 1984

Kert (2009) Kert, Robert, Austria: The implementation and application of mutual recognition instruments in Austria in *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, editado por Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, Anne Weyembergh, Laura Surano, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2009

Kirchhof (1999) Kirchhof, Paul, The balance of powers between national and European institutions, *European Law Journal*, 5, 3, p 225-242, 1999

Klamert (2014) Klamert, Marcus, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014

Küçük, Esin (2016), The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing? *European Law Journal*, 22, 4, p. 448-469, 2016

Kumm (2009) Kumm, Matias, 'The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State' in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, editado por J.L. Dunoff e J.P. Trachtman, 2009

Lacroix (2002) Lacroix, Justine, For a European Constitutional Patriotism, *Political Studies*, 50, pp. 944–958, 2002

Lazowski (2009) Lazowski, Adam, From EU with trust : the potential and limits of the mutual recognition in the Third Pillar from the Polish perspective, in *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, editado por Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, Anne Weyembergh, Laura Surano, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2009

Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2014) The place of the charter in the EU constitutional edifice in *The EU Charter of Fundamental Rights, A commentary*, Editado por Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner, Angela Ward, Oxford, Hart, 2014

Lenaerts e Gutiérrez-Fons (2016) Lenaerts, Kon e Gutiérrez-Fons, José António in *Research handbook on EU criminal law*, Editado por Valsamis Mitsilegas, Maria Bergström, Theodore Konstadinides, Celtenham, Edward Elgar, 2016

Lenaerts (2017) Lenaerts, Koen, La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust, *Common Market Law Review*, 54, 3, pp. 805–840, 2017

Levinson (1988) Levinson, Sanford, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988

Liisberg (2001) Liisberg, Jonas Bering, Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?, *Jean Monnet Working Paper 4/01*, Nova Iorque, New York University School of Law, 2001

Linhares (2016), Linhares, José Aroso, Constitucionalidade, juridicidade e identidade europeia: será a Europa verdadeiramente um «projecto» constitucional? Um diálogo entre narrativas de continuidade e descontinuidade *in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, Vol. I, 2016

Llórent (2002) Llórent, Francisco Rubio, Mostrar los Derechos sin Destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), *Revista Española de Derecha Constitucional*, 22, 64, pp. 13-52, 2002

Lohse (2013) Lohse, Eva Julia, The German Constitutional Court and Preliminary References Still a Match not Made in Heaven?, *German Law Journal*, 16, 06, 1491-1508, 2013



Lucas Pires (1997) Pires, Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997

Lúcio (1991) Lúcio, Álvaro Laborinho, “Subjectividade e motivação no novo processo penal português” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, 2, p. 205-220, 1991

Luhmann (1992) Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System, *Cardozo Law Review* ,13, p. 1419-1441, 1992

Luhmann (1993) Luhmann, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 1993

Luhmann (1995) Luhmann, Niklas, *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press, 1995

Luhmann (2005) Luhmann, Niklas, “Iluminismo Sociológico” in “O pensamento de N. Luhmann”, organização de J. M. Santos, Lisboa, TA PRAGMATICA, 2005

MacCormick (1999) MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999

Machado (2006) Machado, Jónatas E. M., *Direito Internacional, Do Paradigma Clássico ao Pós 11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2006

Maduro (2003) Maduro, Miguel Poiars, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in *Sovereignty in Transition*, editado por Neil Walker Oxford : Hart, 2003

Maduro (2006) Maduro, Miguel Poiars, *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, Lisboa, Principia, 2006

Maduro (2007), Maduro, Miguel Poiares, Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism ,*European Journal of Legal Studies*, 1, 2, 2007

Mancano (2016) Mancano, Leandro, The Place for Prisoners in European Union Law?' *European Public Law*, 22, 4, pp. 717–747, 2016

Martinico (2012) Martinico, Giuseppe, Multiple loyalties and dual preliminary: The pains of being a judge in a multilevel legal order, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10 No. 3, 871–896, 2012

Martinico (2015) Martinico, Giuseppe, The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law, *German Law Journal*, Vol. 16 n° 16, pp. 1343 – 1374, 2015

Matteucci (2016) Matteucci, Stefano Civitarese, Breaking the Isolation? Italian Perspectives on the Dialogue Between the European Court of Justice and Constitutional Courts, *European Public Law*, 22, 4, pp. 689–715, 2016

Mesquita (2013) Mesquita, Maria José Rangel de, Introdução ao Contencioso da União Europeia, Coimbra, Almedina, 2013

Mengozzi (2016), Mengozzi, Paolo, Some European partnerships of courts: Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts *in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, Vol. I, 2016

Michelman (1988) Michelman, Frank, Law's Republic, *The Yale Law Journal*, 97,8, p. 1493-1537, 1988

Miller (1995) Miller, David, On Nationality, Oxford, Clarendon Press, 1995

Millet (2014) Millet, François-Xavier, The respect for national constitutional identity in the European legal space : an approach to federalism as constitutionalism *in* The question of competence in the European Union, Oxford, Nova Iorque, Oxford University Press, 2014

Millet e Perlo (2015) Millet, François-Xavier e Perlo, Nicoletta, The First Preliminary Reference of the French Constitutional Court to the CJEU: Revolution de Palais or Revolution in French Constitutional Law?, *German Law Journal*, 16, 16, 2015

Miranda (2013) Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo I, título II, Coimbra, Coimbra Editora, 7ª Edição, 2013

Miranda (2013.1) Miranda 2013) Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo VI, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013

Mitsilegas (2006) Mitsilegas, Valsamis, Trust-building Measures in the European Judicial Area in Criminal Matters: Issues of Competence, Legitimacy and Inter-institutional Balance *in* Security versus Freedom? A Challenge for Europe's Future, Editado por Sergio Carrera e Therry Balzacq, Hampshire, Ashgate, 2006

Monte e Whyte (2016) Monte, Mário Ferreira e Whyte, Joana, Cooperação Judiciária e Policial em Matéria Penal *in* Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União, coordenado por Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Coimbra, Almedina, 2016

Moreira (2014) Moreira, Vital, “Respublica” Europeia, Estudos de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

Morgades-Gil (2015), Morgades-Gil, Sílvia, The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses After the Interpretations of the ECtHR and the CJEU? *International Journal of Refugee Law*, 27, 3, 433–456, 2015

Mota de Campos (2004) Campos, João Mota de Campos, Manual de Direito Comunitário, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

Moura Ramos (2016) Ramos, Rui Manuel Moura, Situação e desafios da protecção dos direitos fundamentais na União Europeia, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 146, 4000, p. 42-56, 2016

Mouraz Lopes (2005) Lopes, José Mouraz, “A Tutela da Imparcialidade endoprocessual no Processo Penal Português”, *Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

Mouraz Lopes (2011) José António Mouraz Lopes, “A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português Legitimar, Diferenciar, Simplificar”, Coimbra, Almedina, 2011

Muller (2007) Müller, Jan-Warner, *Constitutional Patriotism*, Princeton, Princeton University Press, 2007

Muñoz Machado (2015) Machado, Santiago Muñoz, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, Madrid, Janeiro-Abril, págs. 195-230, 2015

Neves (1996) Neves, Marcelo, “Luhmann Habermas e o Estado de Direito”, *Lua Nova*, 37, pp. 93-106, 1996

Neves (2008a) Neves, A. Castanheira, “Uma reflexão filosófica sobre o direito” *in* *Digesta*, Vol. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

Neves (2008b) Neves, A. Castanheira, “Direito hoje e com que sentido?” *in* *Digesta in* Vol. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

Neves (2008c) Neves, A. Castanheira, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o juiz ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito” *in* *Digesta*, Vol. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

Neves (2008d) Neves, A. Castanheira, “Problema da Universalidade do Direito” *in* *Digesta*, Vol. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

Neves (2011) Neves, A. Castanheira, *A revolução e o Direito* *in* *Digesta* Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

Nowag (2016), Nowag, Julian, EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: A Toxic Mix? (June 10, 2016). *Common Market Law Review*, Forthcoming. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2840473>

Oliveira Martins (2005) Martins, Afonso d’Oliveira, *O Processo Constituinte Europeu e o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*, Sep. de Colóquio ibérico Constituição Europeia, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

Paris (2015) Paris, Davide Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU, *European Constitutional Law Review*, 11, p. 389–407, 2015

Pérez (2014) Pérez, Aida Torres, Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue, *European Constitutional Law Review*, 10, pp 308-331, 2014

Pernice (-) Pernice, Ingolf, The Charter of Fundamental Rights in The Constitution of Europe, disponível em <http://www.whi-berlin.de/pernice-fundamental-rights.htm> (consultado pela última vez dia 13.07.2017)

Pernice (1999) Pernice, Ingolf, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, *Common Market Law Review*, 36 Issue 4, pp. 703–750, 1999

Pernice (2011) Pernice, Ingolf, Motor or Brake for European Policies? Germany's New Role in the EU after the Lisbon-Judgment of Its Federal Constitutional Court in Europe's Constitutional Challenges in the Light of the Recent Case Law of National Constitutional Courts *in* Lisbon and Beyond, Editado por José María Beneyto e Ingolf Pernice, Baden-Baden, Nomos Publisher, 2011

Petersmann (2008) Petersmann, Ernst-Ulrich, The Reform Treaty and the Constitutional Finality of European Integration in The Eu Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?, Viena, Springer, 2008

Parsons(-) Parsons, Talcott “El sistema Social”, p.7 <https://teoriasuno.files.wordpress.com/2013/08/el-sistema-social-talcott-parsons.pdf> (consultado no dia 05.06.2017). -

Pitta e Cunha (2005) Pitta e Cunha, Paulo, Reservas à Constituição Europeia, Coimbra, Almedina, 2005

Poelemans (2009) Poelemans, Maiténa, Bilan et perspectives du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale en France in The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, editado por Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, Anne Weyembergh, Laura Surano, Bruxelas, Université de Bruxelles, 2009

Priban (2015) Priban, Jiri 2015. Sovereignty in post-sovereign society: A systems theory of European constitutionalism. Applied Legal Philosophy, Ashgate, 2015

Punset (2012) Punset, Ramón, Soberanía Estatal e Integración Europea, “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Coimbra, Coimbra Editora, vol. III, 2012

Quadros (2005) Quadros, Fausto de, Constituição europeia e Constituições nacionais — Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu, *O Direito*, 137, IV-V, 2005

Ramos (2009) Ramos, Vânia Costa, Ne bis in idem e União Europeia: contributo para a compreensão do fundamento valorativo e da vigência do princípio na União Europeia a para a interpretação da regra ne bis idem constante do artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

Repetto (2015) Repetto, Giorgio, Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court, *German Law Journal* , 16, 6, p. 1449-1490, 2015

Ribeiro (2005) Ribeiro, Nuno Gaioso, Constituição Europeia e Constituições Nacionais: compatibilidade ou conflito. O caso italiano e a jurisprudência da Corte Costituzionale, *O Direito*, 137, IV e V, 2005

Rizcallah (2017), Rizcallah, Cecilia, European and International Criminal Cooperation: A Matter of Trust?, Case Note 1/2007, Brugges, European Legal Studies, 2017

Rodrigues (2008) Rodrigues, Anabela Miranda, O Direito Penal Emergente, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

Rugge (2017) Rugge, Giacomo, The Italian Constitutional Court on Taricco : Unleashing the normative potential of ‘national identity’?, *QIL* 37, p. 21-29, 2017

Sabel e Gertenberg (2010) Sabel, Charles F. e Gerstenberg, Oliver, Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order, *European Law Journal*, 16, 5, Pages 511–550, 2010

Sánchez (2013) Sánchez, Beatriz García, ¿Homogeneidad o Estándar Mínimo de Protección de los Derechos Fundamentales en la Euroorden Europea, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46, Madrid, p. 1137-1156, 2013

Sarmiento (2013), Sarmiento, Daniel Sarmiento, Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe, *Common Market Law Review* 50, 5, pp. 1267–1304 2013

Schütze (2006) Schütze, R 'Supremacy without pre-emption? the very slowly emergent doctrine of community pre-emption.', *Common market law review*, 43, 4. p. 1023-1048, 2006

Costa (2014) Costa, Miguel João de Almeida, *Dedere aut Judicare? A decisão de extraditar ou julgar à luz do direito português, europeu e internacional*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2014.

Dworkin (2002)· Dworkin, Ronald “Levando os direitos a sério”; trad. Nelson Boeira Martins Fontes, S. Paulo 2002.

Schwarze (2001), Schwarze, Jürgen, The interaction of national and European constitutional law *in* The Birth of a European constitutional order : the interaction of national and European constitutional law, editado de Jürgen Schwarze, Baden-Baden, Nomos, 2001

Serrano (2015) Serrano Miryam Rodríguez-Izquierdo, The Spanish Constitutional Court and Fundamental Rights Adjudication After the First Preliminary Reference, *German Law Review*, 16, 6, 1509-1528, 2015



Sicurella (2016) Sicurella, Rosaria, EU Competence *in* Criminal Matters Research handbook on EU criminal law , Editado por Valsamis Mitsilegas, Maria Bergström, Theodore Konstadinides, Celtenham, Edward Elgar, 2016

Snyder (2003) Snyder, Francis, The unfinished constitution of the European Union: principles, processes and culture *in* European Constitutionalism Beyond the State, Editado por J. H. H. Weiler e Marlene Wind, Cambridge, Cambridge University Press, 2003

Somek (2010) Somek, Alexander, Monism: A Tale of the Undead, . University Iowa Legal Studies Research Paper No. 10-22, 2010

Sousa Santos (2002) Santos, Boaventura Sousa, Toward a New Legal Common Sense, Cambridge, Cambridge University Press, 2<sup>a</sup> Edição, 2002

Tamir (1995) Tamir, Yael, Liberal Nationalism, New Jersey, Princeton University Press, 1995

Timmermans (2014) Timmermans, Christiaan, ECJ Doctrines on Competences *in* The Question of Competence in the European Union, Editado por Loïc Azoulay, Oxford, Oxford University Press, 2014

Tomkin (2014) Tomkin, Jonathan, Article 50 *in* The EU Charter of Fundamental Rights, A commentary, Editado por Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner, Angela Ward, Oxford, Hart, 2014

Tully (1995) Tully, James, Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity, Cambridge, Cambridge University Press, 1995

Tuori (2013) Tuori, Kaarlo, « Vers une théorie du droit transnational », *Revue internationale de droit économique* ,1 ((t. XXVII)), p. 9-36, 2013

Tushnet (2003) Tushnet, Mark, Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism, *Law and Philosophy*, 22,3-4, *Judicial Review*, pp. 353-379, 2003

Van Aaken (2007) van, Aaken, Anne, Supremacy and Preemption: A View from Europe. In: *Federal Preemption: Law, Economics and Politics*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, AEI Press, Washington, 2007

Van Tiggelen e Surano (2009b) Vernimmen-Van, Gisèle e Surano, Laura, Quel future pour la reconnaissance mutuelle en matière penale? Analyse transversale *in* The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, editado por Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, Anne Weyembergh, Laura Surano, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2009

Van-Tiggelen e Surano (2009a) Vernimmen-Van Tiggelen, Gisèle e Surano, Laura, Surano, Introduction in The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, editado por Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, Anne Weyembergh, Laura Surano, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2009

Vespaziani (2008) Vespaziani, Alberto, Comparison, Translation and the Making of a Common Constitutional Culture, *German Law Journal*, 9, 5, 547-574, 2008

Voßkuhle (2010) Voßkuhle, Andreas, Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, *European Constitutional Law Review*, 6, pp 175-198, 2010

Wahl (2009) Wal, Thomas, The perception of the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in Germany *in* The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en

matière pénale dans l'Union européenne, editado por Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, Anne Weyembergh, Laura Surano, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2009

Walker (2001) Walker, Neil; All Dressed Up. *Oxford Journal Legal Studies*, 21, p. 563-582, 2001

Walker (2002) Walker, Neil, Culture, Democracy and the Convergence of Public Law: Some Scepticisms about Scepticism *in* Convergence and Divergence in European Public Law., Editado por Paul Beaumont, Carole Lyons e Neil Walker, Hart Publishing, 2002

Walker (2002) Walker, Neil, The Idea of Constitutional Pluralism, EUI Working Paper Law No. 2002/1, San Domenico, 2002

Walker (2003) Walker, Neil, Late Sovereignty in the European Union, in *Sovereignty in Transition*, editado por Neil Walker Oxford, Hart, 2003

Walker (2003) Walker, Neil, Postnational Constitutionalism and the problema of translation *in* *European Constitutionalism Beyond the State*, Editado por J. H. H. Weiler e Marlene Wind, Cambridge, Cambridge University Press, 2003

Walker (2010) Walker, Neil, The Many Constitutions of Europe, Editado por Kaarlo Tuori and Suvi Sankari, Edinburgh, Routledge, 2010

Weatherill (2009) Weatherill, Stephen, Competence and Legitimacy in The outer limits of European union law, Editado por Catherine Barnard e Okeoghene Odudu, Portland, Hart, 2009

Weiler (1991) Weiler, Joseph. H. H., The Transformation of Europe, *Yale Law Journal*, 100, 8, 2403-2483, 1991

Weiler (1995) Weiler, J. H. H., Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision, *European LQW Journal*, Vol. I. No. 3, November, pp. 219-258, 1995

Weiler (2003) Weiler, J. H. H., In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg in European Constitutionalism Beyond the State, Editado por J. H. H. Weiler e Marlene Wind, Cambridge, Cambridge University Press, 2003

Weiler (2009), Weiler, Joseph. H. H., Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: Common Standards and Conflicting Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space, An Identity for Europe, The Relevance of Multiculturalism in EU Construction, Riva Kastoryano, Nova Iorque, PALGRAVE MACMILLAN, 2009

Weyembergh (2013) Weyembergh, Anne, Armanda, I. e Brière, C., Critical Assessment of the Existing European Arrest Warrant Framework Decision, Research paper, European Parliament, 2013

Weyembergh e Santamaria (2009) Weyembergh, Anne e Santamaria, Veronoca, La reconnaissance mutuelle en matière pénale en Belgique in The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, editado por Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, Anne Weyembergh, Laura Surano, Bruxelas, Université de Bruxelles, 2009

Wischmeyer (2016) Wischmeyer, Thomas, Generating Trust Through Law? – Judicial Cooperation in the European Union and the 'Principle of Mutual Trust', 17, *German Law Journal*, pp. 339-379, 2016

Witte (2002) Witte, Bruno de, Editado por Paul Beaumont, Carole Lyons, Neil Walker, Convergence and Divergence in European Public Law, Oxford, Hart, 2002

Witte (2014) Witte, Bruno de, 2.1 Article 53 – Level of Protection *in* The EU Charter of Fundamental Rights, A commentary, Editado por Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner, Angela Ward, Oxford, Hart, 2014

Young (2011) Young, Ernest A., 'The Ordinary Diet of the Law': The Presumption Against Preemption in the Roberts Court, *Supreme Court Review* 253-344. 2011