



UNIO
EU LAW JOURNAL

**Justiça em tempo de crise:
o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia**

Alessandra Silveira

*Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU)
da Universidade do Minho
e Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia*

Sophie Perez Fernandes

*Bolseira Doutoramento FCT
e Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho*

RESUMO: A partir de alguns exemplos recentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o presente texto pretende desvendar a direção para a qual avançam os tribunais europeus em tempos de crise. As medidas de contenção orçamental e de reestruturação socioeconómica ditadas por imperativos de desendividamento público afetam o quotidiano do cidadão europeu. Contudo, a crise e as medidas de austeridade enquadradas pelo direito da União são contemporâneas da nova visibilidade que os direitos fundamentais assumiram no processo de integração com a entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Por isso, e indo ao encontro do mote lançado por Cunha Rodrigues, a crise acentua o papel dos juristas e, em especial, dos juízes enquanto garantes da democracia – entendida como o exercício seguro de direitos fundamentais. O presente texto considera, assim, o potencial transformador da atual crise e suas implicações no aprofundamento de uma cidadania de direitos na União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: crise – tribunais – democracia – direitos fundamentais – cidadania de direitos.

1. Introito

Num texto publicado em 2012, Cunha Rodrigues constata que a situação de crise desafia os juristas e apela às suas responsabilidades. Mas o Autor interroga-se, perplexo: «Onde estão, então, os juristas?».¹ Desde o início da crise – explica o ex-juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) –, as pantalhas são ocupadas por economistas, convocados para explicarem as razões da crise que, em muitos casos, ajudaram a produzir. «E é aqui que regressa a interrogação sobre o papel do direito», sentencia. E acrescenta: «Compete aos juristas, a partir da noção de União Europeia como comunidade de direito, encontrar resposta para as situações que reclamam uma ideia sobre a defesa e reconstrução do modelo social e, por consequência, capacidade de, instituto por instituto, lançar um novo olhar sobre o ordenamento jurídico. Em certa medida, trata-se de não deixar os políticos sozinhos na estrada a remoerem sentimentos de inimizade operativa com o direito».²

Cunha Rodrigues conclui, então, que o papel que os juristas devem protagonizar, neste momento de crise – e que os políticos deveriam adotar utilizando ferramentas jurídicas – «é de interrogar os decisores europeus sobre se, depois da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [CDFUE], é legítimo e possível regressar ao tempo das liberdades económicas».³ A partir deste mote, o desafio do presente texto é tentar desvendar, à luz da jurisprudência recente do TJUE, em que direção avançam os tribunais europeus em tempo de crise: «Continuarão as jurisdições, em particular as da União Europeia, a aceitar o mandato do legislador de integrarem, com sentido de progresso, um direito pouco entretecido, por insuficiência de consenso ou por confiança na via pretoriana? Ou serão sensíveis ao ar do tempo, fazendo reverter o sentido da

¹ Cfr. José Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 5, n.º 3 (2012), 22. Num sentido próximo, cfr. Viriato Soromenho-Marques, “Are we on the way to creating a European Behemoth? A Portuguese perspective”, *Europe – the final countdown or resurrection time? Reclaiming the European project*, Henrich Böll Stiftung, http://www.boell.eu/sites/default/files/uploads/2013/12/building_an_european_behemoth.pdf, p. 1, onde se lê: «The European Union and the eurozone seem to have lost the teleological goals that provide a fair democratic ground for public policies: the pursuit of justice, social wellbeing within the limits of a sustainable economy, abiding by uncompromising ecological boundaries. Europe has lost the sense of a common purpose, the thirst for a better future».

² Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 23.

³ Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 24.

jurisprudência, nomeadamente por meio de cláusulas de emergência ou da suspensão do princípio de não retrocesso social, de resto afirmado, em algumas latitudes, quando já pairavam no ar nuvens ameaçadoras?».⁴

2. Democracia e tribunais

Conforme sugere Paulo Rangel, o século XXI é, e cada vez mais o será, o século dos tribunais. O século XIX foi o século do legislativo, o século XX foi o século do executivo (dos governos e administrações), e o século XXI tende a ser, marcadamente, o século dos tribunais, enquanto garantes da democracia.⁵ Mas da democracia numa perspectiva algo distinta daquela a que estamos habituados – ou seja, não tanto na da participação/intervenção nos processos decisórios, mas sim na perspectiva do exercício seguro de direitos fundamentais.⁶ Assim o é porque vivemos uma época de «desterritorialização do poder» – como explica o Autor – ou seja, o poder já não se exerce territorialmente, nos termos da conceção clássica/westfaliana de Estado (um povo, um território, uma soberania). E as decisões que afetam o nosso quotidiano coletivo não são tomadas no território/espço em que votamos, pois os representantes eleitos numa circunscrição eleitoral já não dispõem de influência nas decisões que sobre ela se projetam.⁷

Por isso os cidadãos têm cada vez mais a convicção de que mudam os governos mas não mudam as políticas...E não mudam porque a estrutura organizativa do Estado se revela descompassada das necessidades. Os Estados já não conseguem responder às demandas transnacionais que não controlam. E, neste sentido, aprofunda-se cada vez mais um desfasamento entre a expressão das preferências políticas e a real capacidade dessa expressão se repercutir nos processos decisórios que afetam o quotidiano dos eleitores. Ora, num contexto em que o voto (ou a vontade) da maioria dos cidadãos de

⁴ Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 22.

⁵ Cfr. Paulo Rangel, «Transconstitucionalismo *versus* interconstitucionalidade. Uma leitura crítica do pensamento “transconstitucional” de Marcelo Neves», in *Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. 1 (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 172.

⁶ Cfr. Paulo Rangel, *O Estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia* (Alfragide: Dom Quixote, 2009), 11-37.

⁷ Cfr. Rangel, «Transconstitucionalismo *versus* interconstitucionalidade», 158 e 161.

um território já não tem a mesma incidência nos processos decisórios como dantes, o papel dos tribunais na defesa dos direitos fundamentais se torna indispensável.⁸

Não é por acaso que na base das democracias modernas estão as declarações de direitos do homem e do cidadão – desconhecidas da democracia dos antigos. Se há um elemento determinante para o juízo positivo da democracia dos modernos é certamente o reconhecimento dos direitos humanos/direitos fundamentais e a ideia de igualdade que os fundamenta. Ora, o atual paradoxo democrático (decorrente da referida «desterritorialização do poder» de que fala Paulo Rangel) reabilita a dimensão material da democracia (que é, no fundo, a visão da democracia como *rule of law*), ligada à «afirmação de um núcleo de direitos e liberdades vigente para lá das maiorias conjunturais». Isto obriga a reforçar o papel dos tribunais na garantia do substrato material da democracia. E a crise, como veremos no decorrer deste texto, tem-se revelado um excelente laboratório para tal efeito.

O TJUE tem-se mostrado sensível às circunstâncias específicas que caracterizam a situação económica e financeira de alguns Estados-Membros na apreciação das mais variadas questões, seja em sede de reenvio prejudicial, seja no âmbito de outras vias do contencioso da União. Mas não só. Também a propósito da chamada «dimensão subjetiva do reenvio prejudicial» – aquela que releva para a defesa dos direitos dos particulares –, tal sensibilidade se tem revelado. De resto, vale sempre recordar as palavras do próprio Tribunal de Justiça no célebre acórdão *Van Gend & Loos* de 1963,⁹ segundo as quais «a vigilância dos particulares, interessados na salvaguarda dos seus direitos, cria um controlo eficaz que acresce àquele que os Tratados confiam à Comissão e Estados-Membros» através do processo por incumprimento [arts. 258.º e 259.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)].

O TJUE reconhece aos particulares um papel ativo na construção jurídica da União Europeia que vai para além dos mecanismos de participação (por via representativa) nos procedimentos decisórios previstos nos Tratados. O que Pierre Pescatore logo associou a (mais) uma manifestação do ideal democrático subjacente ao processo de integração

⁸ Cfr. Rangel, «Transconstitucionalismo *versus* interconstitucionalidade», 172.

⁹ Cfr. acórdão *Van Gend & Loos*, de 5 de fevereiro de 1963, proc. 26/62.

tem-se transformado, como sublinha Joseph Weiler, na sua força motriz.¹⁰ A doutrina tem-se pronunciado no sentido de que os particulares, interessados em promover a correta aplicação do direito da União nos diferentes Estados-Membros – e otimizar a tutela jurisdicional efetiva que dele decorre –, têm contribuído para revelar dimensões à partida invisíveis do direito da União Europeia. E as dificuldades económicas que caracterizam o seu quotidiano, dos seus Estados e das suas empresas, proporcionam aos cidadãos europeus mais uma oportunidade de exercer aquela vigilância democrática e garantir o respeito dos direitos que a ordem jurídica da União lhes reconhece.

3. Crise e tribunais

Não obstante, o TJUE está em condições de fazer mais. O TJUE já foi confrontado com questões prejudiciais, sobretudo no domínio laboral, tendentes a saber se as reformas de ajustamento/austeridade exigidas pela União Europeia e implementadas pelos Estados-Membros seriam ou não compatíveis com a proteção dos direitos fundamentais reconhecidos pela CDFUE. Ocorre que o TJUE tem-se considerado incompetente para responder às inquietações dos juízes nacionais, por suposta ausência de um nexo suficiente da situação no processo principal com o direito da União. Ou seja, tais situações não integrariam o âmbito de aplicação do direito da União e, nesta medida, não permitiriam a sua apreciação à luz da CDFUE por força do seu artigo 51.º.¹¹

A relutância do TJUE, em certa medida compreensível, pode ser atribuída aos riscos que o seu pronunciamento acarretaria: altas somas de dinheiro estão envolvidas e, em última análise, o próprio futuro da união económica e monetária.¹² Todavia, o crescente volume de legislação em matéria de proteção social existente a nível europeu – assim como as respostas engendradas pelas instituições europeias e Estados-Membros no

¹⁰ Cfr. Joseph Weiler, “The transformation of Europe”, *Yale Law Journal* 100 (1991), depois publicado em *The constitution of Europe: “Do the new clothes have an emperor?” and other essays on European integration* (Cambridge University Press, 1999), 19-20.

¹¹ Cfr. despacho *Corpul Național al Polițiștilor*, de 14 de dezembro de 2011, proc. C-434/11; despacho *Corpul Național al Polițiștilor*, de 10 de maio de 2012, proc. C-134/12; despacho *Sindicato dos Bancários do Norte*, de 7 de março de 2013, proc. C-128/12.

¹² Cfr. Catherine Barnard, “Equality, solidarity and the Charter in time of crisis. A case study of dismissal”, in *Citizenship and solidarity in the European Union. From the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, ed. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Froufe (Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien: Peter Lang, 2013), 303.

combate à crise – permitem-nos questionar a alegada incompetência jurisdicional do TJUE. E muito especialmente no que se refere aos Estados-Membros intervencionados pela “troika” (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional), como é o caso de Portugal.

De resto, já antes da concessão de assistência financeira a Portugal, a adoção de medidas de austeridade vinha sendo justificada pelas autoridades portuguesas através da decisão do Conselho da União Europeia,¹³ adotada em 2 de dezembro de 2009, que exortou o Estado português a reverter a sua situação de défice excessivo até 2013, o mais tardar, em conformidade com o artigo 126.º, n.º 7, do TFUE e com o artigo 3.º do regulamento 1467/97, de 7 de julho de 1997, relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos.¹⁴

Importa notar que a assistência financeira a Portugal foi concedida nos termos do direito da União (artigo 122.º, n.º 2, do TFUE e artigo 3.º do regulamento 407/2010) e é regulada por atos jurídicos europeus (decisões do Conselho), nomeadamente a decisão de execução 2011/344, de 30 de maio de 2011, e a decisão de execução 2012/409, de 10 de julho de 2012, que altera a primeira. E nelas figuram exigências de que Portugal adote medidas no domínio laboral, muito especialmente no que diz respeito à redução das indemnizações por despedimento, à flexibilização das disposições relativas ao tempo de trabalho, à flexibilização do pagamento de horas extraordinárias, etc. (nos termos do artigo 3.º da referida decisão 2011/344), ou seja, tudo matérias que não são propriamente “alheias” ao direito da União.

Ora, num contexto de correção do défice excessivo (disciplinado e monitorado pelas instituições europeias), seguido de assistência financeira (concedida e regulada por atos jurídicos europeus), é difícil recusar que as soluções concretas de austeridade implementaram medidas económicas e financeiras no quadro do direito da União supra referido – reconhecido, em certa medida, pelo TJUE, como «quadro regulamentar para o reforço da governança económica da União», e que «institui uma coordenação e uma

¹³ Cfr. Relatório do Orçamento de Estado de 2011, Ministério das Finanças e da Administração Pública (disponível em www.portugal.gov.pt), p. 26.

¹⁴ Cfr. recomendação do Conselho com vista a pôr termo à situação de défice orçamental excessivo em Portugal, de 18 de junho de 2013, considerando 3.

fiscalização mais apertadas das políticas económicas e orçamentais seguidas pelos Estados-Membros e visa consolidar a estabilidade macroeconómica e a viabilidade das finanças públicas».¹⁵

É certo que as medidas concretas de ajustamento a adotar são decididas, em última análise, pelos Estados-Membros – e estes dispõem de alguma margem de manobra para atingir os objetivos acordados (de resto, no caso português, bastante reduzida, tendo em conta a pormenorização das disposições constantes das decisões que concedem assistência financeira). Mas tal discricionariedade para concretizar as orientações de política orçamental acordadas com as instituições europeias não desvincula os Estados-Membros da obrigação de respeitar os princípios gerais de direito da União e os direitos fundamentais por ele reconhecidos, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, da CDFUE.

Da mesma forma, as instituições europeias, ao definirem e fiscalizarem as medidas introduzidas pelos sucessivos Orçamentos de Estado – e ao exortarem o Estado português a cumpri-los «na íntegra» – não se podem eximir das suas responsabilidades no que tange ao respeito do direito primário da União.¹⁶ Começa, portanto, a tomar consistência a doutrina segundo a qual as reformas de ajustamento/austeridade exigidas pela União Europeia, especialmente no que diz respeito a Estados-Membros

¹⁵ Cfr. acórdão *Pringle*, de 27 de novembro de 2012, proc. C-370/12, considerando 58. O referido quadro seria constituído por diversos regulamentos do Parlamento Europeu e do Conselho adotados em 16 de novembro de 2011, a saber, o regulamento 1173/2011, relativo ao exercício eficaz da supervisão orçamental na área do euro, o regulamento 1174/2011, relativo às medidas de execução destinadas a corrigir os desequilíbrios macroeconómicos excessivos na área do euro, o regulamento 1175/2011, que altera o regulamento 1466/97 relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas, o regulamento 1176/2011, sobre prevenção e correção dos desequilíbrios macroeconómicos, bem como pelo regulamento 1177/2011 que altera o regulamento 1467/97 relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos, e pela diretiva 2011/85, que estabelece requisitos aplicáveis aos quadros orçamentais dos Estados-Membros.

¹⁶ Nos termos do artigo 3.º, n.º 5, da decisão 2011/344, o Conselho determinou que, antes do final de 2011 e de acordo com as especificações do *Memorando de Entendimento*, Portugal deveria adotar uma série de medidas pormenorizadamente descritas, designadamente «executar na íntegra as medidas de consolidação orçamental previstas no orçamento de 2011», assim como «aplicar na íntegra as medidas previstas na nova Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado». E nos termos do artigo 3.º, n.º 9, da decisão 2011/344, «no âmbito da assistência a prestar a Portugal, a Comissão, juntamente com o FMI e em ligação com o BCE, examina periodicamente a eficácia e o impacto socioeconómico das medidas acordadas e recomenda as correcções necessárias».

intervencionados, seriam escrutináveis à luz dos princípios gerais e direitos fundamentais reconhecidos pela União Europeia.¹⁷

Por isso é compreensível e expectável que os particulares argumentem em juízo que as reformas introduzidas pelas medidas de austeridade (especialmente no domínio laboral) violam direitos fundamentais protegidos pelo direito da União. Mas ainda que não o façam, os tribunais nacionais, atentos a tais desdobramentos por imperativos funcionais, são obrigados, enquanto tribunais europeus, a zelar pela proteção dos direitos fundamentais no âmbito de aplicação do direito da União. É natural e desejável que os tribunais nacionais questionem o TJUE sobre a compatibilidade com a CDFUE das exigências da “troika” e das medidas adotadas pelos Estados-Membros para dar-lhes cumprimento. Isto porque, como sabiamente explica Cunha Rodrigues, «não é imaginável uma interpretação do direito da União a diferentes velocidades, consoante se estiver em países (como a Alemanha, a Suécia ou a Finlândia) em que não há crise, ou na Grécia, na Irlanda, e Portugal, em que ela existe».¹⁸

É neste contexto que se revela premente a exortação de Cunha Rodrigues no sentido de que «os juristas têm o dever de confrontar os decisores políticos europeus com o verdadeiro desafio que se lhes coloca que é o de evitarem um recuo civilizacional».¹⁹ A propósito da abundância dos direitos em tempo de crise, Cunha Rodrigues explica que «Em nenhuma época, alguma geração, usufruiu de tantos direitos como a nossa. Também, por isso mesmo, poucas vezes, nos tempos recentes, foi mais cavado o sentimento de desilusão e de perplexidade pela distância abissal que separa os direitos da realidade.²⁰ (...) Foram os Estados-Membros ditos ‘esbanjadores’ da Europa do Sul que convieram nesta prodigalidade? Não foram. Foi a Europa e as suas instituições».²¹ E por isso os tribunais europeus não se podem refugiar comodamente nas situações ditas «puramente internas» para se eximirem das suas responsabilidades no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica da União.

¹⁷ Cfr. Barnard, “Equality, solidarity and the Charter in time of crisis. A case study of dismissal”.

¹⁸ Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 22.

¹⁹ Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 24.

²⁰ Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 13.

²¹ Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 22.

4. Crise e constitucionalismo

De uma perspetiva histórica de longo prazo, talvez seja possível afirmar que, da mesma forma que a Revolução está para o direito público, também a Crise parece estar para o direito da União Europeia. Se a Revolução Francesa constitui o berço do direito público tal como hoje é compreendido, uma sucessão de Crises está na origem do projeto de integração europeia e continua a aprofundar a construção jurídico-política da União Europeia em marcha desde o início da década de 1950. Há, contudo, hoje a sensação que “desta vez é diferente”. Diferente para o mais ou para o menos, dependerá da perspetiva. Mas tendo em conta que a crise da guerra é aquela da qual a União Europeia emergiu – e aquela para a qual impediu que a Europa unida retornasse –, a história ensina que a União já ultrapassou desafios porventura piores do que a crise que hoje conhece.

A construção europeia começou por ser apenas o prolongamento de certas alianças militares constituídas durante a 2ª Guerra Mundial. A primeira concretização do processo de integração foi a constituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) com a assinatura do Tratado de Paris de 1951, à qual se seguiram a Comunidade Económica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom) com a assinatura do Tratado de Roma de 1957. Logo a década de 1960 foi caracterizada pela resistência das soberanias à construção em marcha e por um verdadeiro questionamento dos princípios fundamentais da construção europeia. A partir de julho de 1965, opondo-se a um conjunto de propostas da Comissão relativas, designadamente, ao financiamento da política agrícola comum, a França deixou de participar nas reuniões do Conselho – episódio conhecido pela «crise da cadeira vazia».

Esta crise foi ultrapassada graças ao compromisso do Luxemburgo (janeiro de 1966), nos termos do qual sempre que estejam em causa interesses muito importantes de um ou mais Estados, os membros do Conselho devem procurar chegar a soluções que possam ser adotadas por todos respeitando os seus interesses mútuos. A década de 1970 viu os primeiros alargamentos acompanhados de duas grandes crises mundiais: a crise do dólar e a crise do petróleo. Mas a integração regista progressos concretos nas décadas seguintes: para além dos sucessivos alargamentos, as primeiras reformas institucionais

têm lugar com a assinatura do Ato Único Europeu de 1986 e o Tratado de Maastricht de 1992 – que cria a União Europeia –, marcando assim talvez o mais importante ponto de viragem na construção europeia, que passou a assumir uma dimensão política, seguindo-se os sucessivos remendos aos Tratados introduzidos pelo Tratado de Amsterdão de 1997 e Tratado de Nice de 2001.

A crise imediatamente anterior à atual foi formalmente apelidada de «crise constitucional», pois resultou da frustração da primeira grande tentativa de consolidação de 50 anos de «constitucionalização dos tratados» através do chamado «Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa» (assinado em 2004). O busílis residiu na sua não ratificação – por conta dos “chumbos” nos referendos francês e holandês, nos quais não se conseguiu «neutralizar e resolver muitos problemas de manipulação e de abuso».²² Até ao presente momento – como explica Habermas –, ainda não se realizaram «quaisquer eleições europeias ou referendos em qualquer Estado-Membro nos quais se tivesse decidido sobre algo que não fossem temas e questões nacionais».²³ Como explica o Autor, nenhum partido político tentou, até agora, «formar politicamente a opinião pública através de um esclarecimento incisivo».²⁴ Os partidos políticos «evitam falar sobre questões impopulares (...) uma vez que o objetivo dos partidos tem de ser ganhar eleições».²⁵

²² Sobre os referendos em geral, cfr. J. J. Gomes Canotilho, “Pode o referendo aprofundar a democracia?”, *“Brançosos” e a interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional* (Coimbra: Almedina, 2006), 305, onde se lê: «As análises empíricas demonstram também que os instrumentos referendários não conseguem neutralizar e resolver muitos problemas de manipulação e abuso».

²³ Cfr. Jürgen Habermas, *Um ensaio sobre a Constituição da Europa* (Lisboa: Edições 70, 2012), 169.

²⁴ Cfr. Habermas, *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, 161 e 174, onde se lê: «Para alguns partidos políticos, ainda poderia valer a pena arregaçar as mangas, para lutar ofensivamente nas ruas pela unificação europeia. A situação não se resolve com a renúncia a grandes projetos».

²⁵ Cfr. Habermas, *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, 169-170, onde se lê: «O facto de os cidadãos estarem enganados quanto à relevância daquilo que acontece em Estrasburgo e Bruxelas, lugares que, em termos subjetivos, são afastados, justifica efetivamente uma dívida que os partidos políticos têm para com os cidadãos, mas à qual fogem teimosamente. A política, em geral, parece estar a passar atualmente por uma situação marcada pela renúncia a uma perspetiva e vontade criadora». Num sentido próximo cfr. Ulrich Beck, *A Europa alemã. De Maquiavel a “Merkievel”: estratégias de poder na crise do euro* (Lisboa: Edições 70, 2013), 99, onde se lê: «Seria necessário que neste processo os partidos políticos estabelecidos conseguissem algo como a quadratura do círculo: têm de conseguir o salto, em termos organizacionais e programáticos, para a transnacionalidade da política europeia, ganhando, simultaneamente, as eleições nacionais».

Não obstante, o impasse constitucional foi resolvido em 2007 com a assinatura do Tratado de Lisboa (em vigor desde dezembro de 2009). Uma qualquer alternativa ao Tratado Constitucional não podia ser uma versão simplificada (e por conseguinte empobrecida) do amplo consenso atingido: tinha, necessariamente, de manter as suas dimensões essenciais – e foi isto que o Tratado de Lisboa fez. Assim, diante de tantas e sucessivas crises, porventura o maior equívoco sobre a *atual* crise europeia é subestimar o seu potencial transformador e as implicações estruturais de uma “cidadania de direitos” no processo de integração. A assistência financeira aos Estados-Membros que atravessam especiais dificuldades e o reforço da coordenação económica e fiscal entre os Estados-Membros (“economic governance”) são os dois atuais pilares da arquitetura político-económica da União. Resulta inegável que as ações desenvolvidas neste contexto terão importantes repercussões institucionais e constitucionais no processo integrador (“federalizing process”) que avança para um nível mais elevado de integração política.

A grande questão, neste contexto, reside em saber se a crise revela alguma disfunção crucial entre as expectativas dos cidadãos europeus e os mecanismos de integração política de que dispõem – e se a noção alargada de cidadania de direitos que os tribunais europeus ajudaram a forjar desempenha algum papel neste cenário. Nesta medida, a atual crise questiona definitivamente a relação entre a política nacional e a política europeia. Trata-se de um percurso inevitável – de resto, a versão dos Tratados constitutivos resultante da entrada em vigor do Tratado de Lisboa já apontava nesse sentido. Para tanto, basta atentar em dois preceitos: os arts. 6.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2, TUE.

Por força do primeiro, a CDFUE passa a ter o «mesmo valor jurídico que os Tratados». A CDFUE, proclamada em Nice em 2001, ganhou força juridicamente vinculativa, ou seja, estatuto de direito primário invocável pelos particulares, o que tem inegavelmente marcado uma nova página no processo de integração europeia. Por sua vez, o artigo 4.º, n.º 2, TUE reúne os elementos fundamentais do estatuto de Estado-Membro da União Europeia: a igualdade dos Estados-Membros, o respeito pela identidade constitucional nacional de cada um deles, além do respeito pelas suas funções essenciais. É provavelmente o preceito que mais bem expressa na atualidade o pluralismo que sempre caracterizou a construção jurídica da União Europeia, que nunca foi construir a Europa

«sem os Estados e muito menos contra os Estados», como diria Jean Monnet, e sempre se orientou pelo princípio da lealdade.²⁶

Note-se, pois, que a crise do sistema bancário de 2008 e a consequente crise da dívida pública de 2010 são contemporâneas da nova visibilidade que os direitos fundamentais e o estatuto de Estado-Membro da União Europeia assumiram no processo de integração europeia com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. E ambos têm sido postos à prova na gestão da crise. Para o ilustrar, seguem-se alguns exemplos da jurisprudência do TJUE – e desta instituição em particular porque tem desde sempre ditado o mote do processo de integração, a ponto de dizer-se que o futuro da União Europeia é um futuro para o qual o TJUE já nos preparou.²⁷

5. Crise e direitos fundamentais

No que toca ao primeiro ponto, centremos atenções na proteção dos direitos fundamentais da União Europeia. As medidas de contenção orçamental e de reestruturação socioeconómica ditadas por imperativos de desendividamento público afetam o quotidiano do cidadão europeu – seja estático ou dinâmico, economicamente ativo ou não. A flexibilização do mercado laboral, a reforma do sistema de pensões, os cortes nas despesas sociais (na saúde, na velhice, na educação, nos transportes), o aumento das quotizações sociais, o aumento dos impostos, especialmente indiretos (IVA), são, em especial, medidas suscetíveis de afetar, direta ou indiretamente, o exercício de direitos fundamentais em matéria laboral, de proteção em caso de despedimento, doença ou velhice, de acesso aos serviços de interesse económico geral nos domínios da saúde ou da educação – direitos de dimensão social inscritos na CDFUE (especialmente no seu Título IV dedicado à «Solidariedade», arts. 27.º a 38.º), cuja força jurídica vinculativa constitui, como foi referido, uma (outra) nova página no processo de integração europeia.

²⁶ Em virtude do princípio da cooperação leal – ou da lealdade europeia – a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados (artigo 4.º, n.º 3, do TUE).

²⁷ Cfr. Daniel Sarmiento, *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión* (Madrid: Civitas, 2004).

A crise do sistema bancário de 2008 e a consequente crise da dívida pública de 2010 “concorrem” com a nova visibilidade que os direitos fundamentais assumiram no processo de integração europeia com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009. E as medidas de combate à crise que têm sido adotadas desde então não podem deixar de ser equacionadas neste contexto. Como ensina Koen Lenaerts, a CDFUE, enquanto instrumento de direito primário, é agora 1) padrão de interpretação, não só dos atos jurídicos da União Europeia, mas também de atos de direito nacional que integram o âmbito de aplicação do direito da União Europeia, e 2) suscetível de servir de fundamento invalidante de um ato jurídico da União ou de inaplicabilidade de um ato de direito nacional que lhe seja contrário.²⁸

Com efeito, por força do artigo 51.º, n.º 1, CDFUE, a mesma vincula não só as instituições, órgãos e organismos da União, mas também os próprios Estados-Membros «quando apliquem o direito da União», critério que deve ser interpretado no sentido de determinar a aplicabilidade da CDFUE quando os Estados-Membros agem no âmbito do direito da União, sobretudo no cumprimento de obrigações decorrentes do direito da União. Assim, uma vez que as diversas medidas de combate à crise se reconduzem, de forma mais ou menos direta, ao cumprimento de obrigações decorrentes de atos normativos da União (regulamentos, diretivas ou decisões), as mesmas são suscetíveis de serem fiscalizadas à luz do padrão de proteção dos direitos fundamentais resultante da ordem jurídica da União e cujo último garante é o TJUE.

A jurisprudência *Thomas Hogan* de 2013²⁹ fornece um exemplo da mais-valia, em ambiente de crise, do reenvio prejudicial enquanto mecanismo de acesso indireto dos particulares à justiça da União – muito embora o discurso jusfundamental esteja ausente na fundamentação da decisão tomada. O caso concreto dizia respeito à proteção dos trabalhadores em caso de insolvência das respetivas entidades empregadoras, situação mais quotidiana do que o desejável, e, em especial, à garantia das pensões de reforma. Na Irlanda, para além da «pensão legal» (paga pelo Estado a todas as pessoas que atingem a idade de reforma e que tenham pago um certo nível de cotizações de

²⁸ Cfr. Koen Lenaerts, “Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, *European Constitutional Law Review* 8 (2012): 376.

²⁹ Cfr. acórdão *Thomas Hogan*, de 26 de abril de 2013, proc. C-398/11.

segurança social ligada à remuneração durante a sua carreira), existem regimes complementares de previdência profissionais, alimentados por cotizações provenientes simultaneamente do empregador e dos trabalhadores – e que constituem um património separado do património do empregador.

No caso concreto, dez trabalhadores³⁰ que trabalhavam na *Waterford Crystal*, empresa irlandesa especializada no fabrico de produtos de cristal cuja situação de insolvência foi declarada em 2009, discordavam no cálculo feito pelo administrador da insolvência no que toca às pensões complementares de reforma a que tinham direito. O cálculo havia sido feito em menos de metade dos montantes a que teriam direito se se tivessem reformado com a idade normal.³¹ Os trabalhadores alegaram, em tribunal, a transposição incorreta do artigo 8.º da diretiva 2008/94, relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, tal como interpretado pelo TJUE, nomeadamente no acórdão *Robins* de 2007.³²

Nos termos do artigo 8.º da diretiva 2008/94, os Estados-Membros devem adotar as medidas necessárias para proteger os interesses dos trabalhadores assalariados que tenham deixado a empresa na data da superveniência da insolvência, no que respeita aos seus direitos adquiridos, ou em vias de aquisição, a prestações de velhice a título de regimes complementares de previdência existentes para além dos regimes legais nacionais de segurança social. No referido acórdão *Robins*, o TJUE reconheceu que os Estados-Membros beneficiam de uma ampla margem de apreciação para determinar o nível de proteção dos direitos a prestações de velhice a título de um regime complementar de previdência profissional em caso de insolvência do empregador; mas também considerou – e aí reside o *busilis* da questão – que o artigo 8.º da diretiva se opunha a disposições nacionais suscetíveis de conduzir a uma garantia das prestações de um regime complementar de previdência profissional limitada a menos de metade dos direitos que um trabalhador assalariado podia, de outra forma, invocar.

³⁰ Para oito deles, a data de passagem à reforma estava programada entre 2011 e 2013, e para os dois restantes, em 2019 e em 2022.

³¹ Nesse caso, o cálculo era o seguinte: a prestação de velhice tem por base a última remuneração efetiva, da qual é deduzida a pensão legal; feita a dedução, dois terços do montante representavam a prestação de velhice.

³² Cfr. acórdão *Robins*, de 25 de janeiro de 2007, proc. C-278/05.

O TJUE não teve dificuldade em considerar, no acórdão *Thomas Hogan*, que a Irlanda não havia transposto corretamente a referida norma e que não assegurava o nível mínimo de proteção fixado no acórdão *Robins*. De notar que o órgão jurisdicional irlandês expressamente questionou o TJUE no sentido de saber se a «situação económica [...] constitui uma situação suficientemente excecional que justifique um nível de proteção dos interesses dos recorrentes inferior ao que poderia, de outro modo, ser exigido».³³ Havia, pois, a intenção de lançar mão do argumento da situação económico-financeira particularmente difícil do Estado irlandês para justificar um nível de proteção menos elevado dos interesses dos trabalhadores. Mas o TJUE não acolheu o argumento: «a situação económica do Estado-Membro em causa não constitui uma circunstância excecional suscetível de justificar um nível de proteção reduzido dos interesses dos trabalhadores no que respeita aos seus direitos a prestações de velhice a título de um regime complementar de previdência profissional».³⁴

O TJUE explicou que o nível mínimo de proteção resultante do acórdão *Robins* já tinha em conta «as exigências de um desenvolvimento económico e social equilibrado, ao tomar em consideração, por um lado, a evolução divergente e pouco previsível da situação económica dos Estados-Membros e, por outro, a necessidade de assegurar aos trabalhadores assalariados uma garantia mínima de proteção em caso de insolvência do empregador resultante, por exemplo, de uma evolução desfavorável das condições económicas»³⁵ – ou seja, as condições económicas não evoluem apenas desfavoravelmente para os Estados, mas também para os cidadãos. No contexto de crise económica e financeira que afeta a União em geral (e certos Estados-Membros em particular), o TJUE não parece perder de vista as situações difíceis que resultam da impossibilidade de os trabalhadores obterem o pagamento que lhes é devido, principalmente tratando-se de trabalhadores em idade próxima da reforma; e a atenção não é prestada apenas aos créditos salariais, mas também a outro tipo de prestações previstas pelas legislações nacionais.

³³ Cfr. acórdão *Thomas Hogan*, considerando 21, questão prejudicial 6.

³⁴ Cfr. acórdão *Thomas Hogan*, considerando 47.

³⁵ Cfr. acórdão *Thomas Hogan*, considerando 44.

Assim, e no que toca ao caso concreto, os dez trabalhadores da *Waterford Crystal* teriam direito a, pelo menos, metade das pensões complementares de velhice, tendo o TJUE inclusivamente afirmado que, não tendo a Irlanda corretamente transposto o artigo 8.º da diretiva 2008/94 na sequência do acórdão *Robins*, esta havia violado de forma suficientemente caracterizada uma norma de direito da União «no quadro de uma eventual apreciação da responsabilidade deste Estado-Membro por danos causados aos particulares».³⁶ Respondendo à última questão prejudicial colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, o TJUE dá por demonstradas duas das condições constitutivas da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do direito da União Europeia³⁷ – 1) o artigo 8.º da diretiva 2008/94 «tem por objeto conferir direitos aos particulares»³⁸ e, não tendo sido devidamente transposto, 2) há «violação suficientemente caracterizada desta regra de direito» –, saindo, por esta via também, reforçada a posição jurídica dos particulares no caso concreto.

À semelhança do órgão jurisdicional irlandês no caso *Thomas Hogan* – que questionou o TJUE no sentido de saber se a «situação económica [...] constitui uma situação suficientemente excepcional que justifique um nível de proteção dos interesses dos recorrentes inferior ao que poderia, de outro modo, ser exigido» –, está atualmente à espera de resposta uma questão prejudicial formulada por um órgão jurisdicional alemão³⁹ através da qual se pretende saber se o direito da União Europeia, especialmente em matéria de proteção social (regulamento 883/2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social) e de cidadania da União (arts. 18.º e 20.º TFUE e diretiva 2004/38, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros), se opõe a que um Estado-Membro exclua, «total ou parcialmente, cidadãos da União carenciados, do benefício de prestações sociais de caráter não contributivo que asseguram a subsistência, (...), que são concedidas aos próprios nacionais na mesma situação, para evitar o recurso desproporcionado a essas prestações».

³⁶ Cfr. acórdão *Thomas Hogan*, considerando 52.

³⁷ Sobre o tema, cfr. Sophie Perez Fernandes, *A responsabilidade civil do Estado-legislador por violação do direito da União Europeia. Breves notas sobre o caso português* (Cascais: Princípia, 2013).

³⁸ Cfr. acórdão *Thomas Hogan*, considerando 52.

³⁹ Cfr. processo *Dano*, proc. C-333/13, JO C 226, de 3 de agosto de 2013, p. 9.

Infelizmente, não estão de momento disponíveis os detalhes das situações de facto e de direito, bem como da situação económico-financeira eventualmente subjacente ao problema suscitado – que não parece, à primeira vista, merecer resposta positiva, tendo em conta a jurisprudência assente do TJUE na matéria.⁴⁰ Mas, em todo o caso, tais questões prejudiciais denotam a atenção com que os tribunais nacionais encaram algumas medidas de contenção orçamental e as questionam à luz do direito da União Europeia, procurando otimizar a tutela jurisdicional dos direitos que dele decorrem para os particulares. Como explica Cunha Rodrigues, decorre da análise económica do direito que cada direito fundamental representa um custo, oponível em geral ao poder público e, em certas condições, também aos particulares.⁴¹ Não há nisso qualquer novidade – os direitos pagam-se. Por conseguinte, a suposta inevitabilidade do «não há dinheiro» não nos pode impedir de escrutinar as suas consequências na esfera do direito.

6. Crise e lealdade

Os tribunais europeus não estão apenas atentos à evolução desfavorável das condições económicas dos cidadãos da União em contexto de crise. O TJUE também se tem revelado sensível à evolução desfavorável das condições económicas dos Estados-Membros especialmente afetados pela crise, como é testemunho o despacho *Grécia contra Comissão* proferido pelo Tribunal Geral em sede de medidas provisórias (arts. 278.º e 279.º TFUE).⁴²

O processo que deu lugar ao despacho tinha por objeto uma decisão de 7 de dezembro de 2011 na qual a Comissão, por um lado, qualificou de auxílio de Estado incompatível com o mercado interno um montante total de 425 milhões de euros pago em 2009 pelas autoridades helénicas ao setor agrícola grego, destinado a reparar danos ocorridos após más condições climáticas (sentidas nas campanhas de 2008 e 2009 – seca,

⁴⁰ Cfr. acórdão *Martinez Sala*, de 12 de maio de 1998, proc. C-85/96; acórdão *Grzelczyk*, de 20 de setembro de 2001, proc. C-184/99; acórdão *D’Hoop*, de 11 de julho de 2002, proc. C-224/98; acórdão *Collins*, de 23 de março de 2004, proc. C-138/02; acórdão *Michel Trojani*, de 7 de setembro 2004, proc. C-456/02; acórdão *Bidar*, de 15 de março de 2005, proc. C-209/03; acórdão *Ioannidis*, de 15 de setembro de 2005, proc. C-258/04; acórdão *Comissão contra República da Áustria*, de 4 de outubro de 2012, proc. C-75/11.

⁴¹ Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 21.

⁴² Cfr. despacho *Grécia contra Comissão*, de 19 de setembro de 2012, proc. T-52/12 R.

temperaturas elevadas, chuvas excessivas e doenças) e, por outro, ordenou a essas autoridades que recuperassem os montantes pagos junto dos beneficiários.⁴³

Depois de ter interposto recurso de anulação no Tribunal Geral, a República Helénica apresentou um pedido de suspensão da execução dessa decisão. No essencial, suscitava-se a questão de saber se, atendendo às «dificuldades muito específicas e excecionais relacionadas com as medidas de austeridade que caracterizam a realidade da economia grega desde há vários anos»,⁴⁴ a obrigação de recuperar junto dos beneficiários as quantias concedidas devia ser qualificada de «excessiva», na medida em que impunha a recuperação dos auxílios até 7 de dezembro de 2011, embora a situação difícil do setor agrícola grego se tivesse degradado ainda mais desde a sua atribuição.

O presidente do Tribunal Geral considerou que as respostas a estas questões jurídicas não se impunham de imediato e que mereciam um exame aprofundado no âmbito do processo principal, pelo que pareciam, à primeira vista, ser suficientemente sérias para constituir *fumus boni iuris* (no sentido de o recurso principal não parecer, nesta fase, manifestamente desprovido de fundamento). No que se refere ao requisito relativo à urgência, o presidente do Tribunal Geral recorda que os Estados-Membros podem «requerer a concessão de medidas provisórias, alegando que a medida impugnada cria o risco de comprometer seriamente o desempenho das suas missões estatais e a ordem pública».⁴⁵

É pena que, textualmente, não tenha sido feita referência às «funções essenciais» dos Estados na aceção do artigo 4.º, n.º 2, TUE, o que se poderá compreender tendo em conta a relativa timidez do TJUE em lançar mão deste preceito ainda novo e sensível. Contudo, a argumentação tecida no caso pela República Helénica e à qual o juiz da União das medidas provisórias foi sensível denotam como o desempenho das «missões estatais» ou das «funções essenciais» dos Estados em momento de crise são devidamente tidas em conta.

⁴³ Cfr. decisão 2012/157, de 7 de dezembro de 2011, relativa a auxílios compensatórios pagos pelo ELGA em 2008 e 2009, JO 2012, L 78, p. 21.

⁴⁴ Cfr. despacho *Grécia contra Comissão*, considerando 31.

⁴⁵ Cfr. despacho *Grécia contra Comissão*, considerandos 35 e 37.

No caso, a República Helénica alegou que uma cobrança forçada imediata dos montantes controvertidos por parte dos agentes da administração fiscal junto de várias centenas de milhares de agricultores implicaria «dificuldades administrativas suscetíveis de lhe causar um prejuízo grave e irreparável»: a República Helénica pretendia concentrar os seus recursos na criação de uma administração fiscal «eficiente, capaz, designadamente, de identificar e de atuar contra os ‘grandes evasores fiscais’ e de combater a fraude fiscal, cujo volume, em termos de receitas frustradas, foi estimado, na audição, em 20 mil milhões de euros».⁴⁶

Ora, exigindo a referida cobrança a intervenção massiva dos agentes da administração fiscal grega, essa cobrança forçada em massa teria impedido essa administração de se consagrar «a uma das suas missões prioritárias, consistente no combate à evasão fiscal e na cobrança de quantias subtraídas ao imposto, que são cerca de cinquenta vezes superiores aos pagamentos controvertidos».⁴⁷ Para além disso, e no que toca ao argumento de ordem pública, o clima social na Grécia era marcado por «deterioração da confiança relativamente aos poderes públicos, um descontentamento generalizado e um sentimento de injustiça»; em especial, as manifestações violentas contra as medidas de austeridade adotadas pelos poderes públicos gregos estavam em «constante aumento».⁴⁸

Nestas condições, o presidente do Tribunal Geral concluiu que «o risco, invocado pela República Helénica, de que a recuperação imediata dos pagamentos controvertidos junto do setor agrícola possa desencadear manifestações suscetíveis de degenerar em violência não se mostra puramente hipotético nem teórico ou incerto».⁴⁹ Foi assim que o presidente do Tribunal Geral reconheceu que, nas «circunstâncias excecionais que marcam atualmente a situação económica e social na Grécia», era legítimo dar prioridade aos interesses invocados por este Estado-Membro, consistentes, «por um lado, na preservação da paz social e na prevenção dos distúrbios sociais e, por outro, na possibilidade de concentrar as capacidades da sua Administração Fiscal nas missões que

⁴⁶ Cfr. despacho *Grécia contra Comissão*, considerandos 43 e 44.

⁴⁷ Cfr. despacho *Grécia contra Comissão*, considerando 47.

⁴⁸ Cfr. despacho *Grécia contra Comissão*, considerando 48.

⁴⁹ Cfr. despacho *Grécia contra Comissão*, considerando 49.

considera primordiais para o país»,⁵⁰ ao passo que a concessão da suspensão da execução apenas expunha os interesses da União ao risco de um adiamento das medidas de recuperação nacionais para data posterior, sem que haja indícios de que, só por si, esse adiamento prejudique as hipóteses de sucesso destas medidas. Foi assim que a execução da decisão recorrida, na medida em que obrigava a República Helénica a recuperar os montantes pagos junto dos beneficiários, foi suspensa até ao termo do processo principal.

A mesma atenção às circunstâncias económicas é dada em sede de ação por incumprimento. Por exemplo, em 2012, o TJUE teve em consideração a situação económica da Irlanda para rever em baixa o montante da sanção pecuniária compulsória indicada pela Comissão no âmbito de uma segunda ação por incumprimento. No acórdão *Comissão contra Irlanda* de 2008,⁵¹ o TJUE declarou incumprimento da Irlanda por transposição incorreta da diretiva 85/337, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente. Não tendo a Irlanda adotado as medidas necessárias à execução do acórdão, a Comissão intentou uma ação contra a Irlanda por não execução do acórdão do TJUE, indicando, nos termos do artigo 260.º TFUE, o montante da sanção pecuniária compulsória que considerava adequada às circunstâncias.

No âmbito desta segunda ação por incumprimento, a Irlanda alegou, em sua defesa, que a redução do montante pedido pela Comissão não seria suscetível de pôr em causa o objetivo de dissuasão da sanção, na medida em que, em período de crise, um montante reduzido tem um efeito dissuasor sobre o Estado equivalente a um montante mais elevado em condições económicas «normais».⁵² O TJUE foi sensível ao argumento. No acórdão *Comissão contra Irlanda* de 2012, tendo em conta os dados económicos disponíveis, o TJUE concluiu que a capacidade de pagamento da Irlanda havia

⁵⁰ Cfr. despacho *Grécia contra Comissão*, considerando 54.

⁵¹ Cfr. acórdão *Comissão contra Irlanda*, de 20 de novembro de 2008, proc. C-66/06.

⁵² Cfr. acórdão *Comissão contra Irlanda*, de 19 de dezembro de 2012, proc. C-279/11, considerando 62.

conhecido uma certa regressão em contexto económico de crise e, assim, reviu em baixa o montante indicado pela Comissão.⁵³

7. Crise e cidadania europeia

Num estudo de 2012, coordenado por Miguel Poiares Maduro, o Autor defende que as causas profundas da crise são problemas democráticos. Ou seja, a origem da crise pode ser encontrada em falhas democráticas: 1) sejam falhas dos Estados-Membros (que impõem externalidades sobre os outros no contexto da União Económica e Monetária e não são capazes de controlar um conjunto de interesses móveis que escapam à sua esfera de atuação), 2) sejam falhas de governação da União (que não tem sido capaz de infundir o seu sistema institucional com verdadeiro potencial democrático nem tem revelado a capacidade de governação efetiva que a crise exige).

Maduro defende que as falhas na resolução da crise são imputáveis ao carácter difuso da autoridade política europeia e à sua excessiva dependência das políticas nacionais. Por outro lado, os Estados-Membros são incapazes de internalizar as consequências da interdependência gerada pelo euro, pelos mercados integrados, pela circulação europeia e global de capitais. Em consequência disso, a União não consegue governar efetivamente e as suas políticas são prisioneiras das políticas nacionais. Basta atentar, acrescentaríamos nós, no defeito genético da União Económica e Monetária: retira-se aos Estados-Membros poder soberano sobre a emissão de moeda e o seu valor (ou seja, soberania monetária e cambial) sem partilhar-se soberania nos domínios fiscal e orçamental – que continuam a ser controlados pelos Estados-Membros, sem que se

⁵³ Cfr. acórdão *Comissão contra Irlanda*, de 19 de dezembro de 2012, proc. C-279/11, considerandos 78 a 80.

avance para uma autêntica união económica.⁵⁴ Por tais motivos, Maduro conclui que «o real défice democrático na União é a ausência de políticas públicas».⁵⁵

Então, se Maduro está certo – isto é, se o que está na base da crise são falhas democráticas –, a crise poderia ter sido evitada (ou pelo menos minimizada) caso fossem resolvidos os problemas de governação na União Europeia (leiam-se problemas de coordenação e convergência entre as entidades políticas envolvidas)? Provavelmente sim. A solução política e jurídica para os problemas com que a União se defronta depende do aprofundamento das componentes federativas do sistema europeu. Apenas aquele aprofundamento é capaz de evitar que o problema financeiro de um Estado-Membro se converta num problema de credibilidade da União no seu conjunto. Apenas aquele aprofundamento pode permitir que a União desempenhe funções económicas e sociais que funcionam como uma rede de apoio para o desenvolvimento económico dos Estados-Membros.⁵⁶

E tal aprofundamento das componentes federativas do sistema (como solução para a crise e resposta para os problemas democráticos de Estados-Membros e União) é necessariamente acompanhado do aprofundamento da cidadania de direitos que os tribunais europeus ajudaram a forjar. Neste cenário resulta indispensável discutir em que medida as dinâmicas de direitos fundamentais afetam o próprio processo de integração – ou escrutinar o potencial da cidadania de direitos em tempos de crise. E fazê-lo manejando as ferramentas políticas e constitucionais que já existem (ou podem emergir) num contexto de crise.

⁵⁴ Neste sentido, cfr. Habermas, *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, 155, onde o Autor se refere ao «defeito de nascença de uma União Política que ficou a meio caminho» na ausência de uma «coordenação eficaz das políticas económicas dos Estados-Membros». E conclui: «É necessário consolidar os orçamentos nacionais, como é óbvio. No entanto, não estão só em causa as “batotas” gregas e as “ilusões de riqueza” espanholas: também está em causa uma uniformização dos níveis de desenvolvimento dentro de uma área monetária com economias nacionais heterogéneas».

⁵⁵ Cfr. Miguel Poaires Maduro, “A new governance for the European Union and the euro: democracy and justice”, *European University Institute, Global Governance Programme, RSCAS Policy Paper 2012/11*, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24295/RSCAS_PP_2012_11rev.pdf?sequence=1, 1.

⁵⁶ Num sentido próximo cfr. Viriato Soromenho-Marques, “Are we on the way to creating a European Behemoth? A Portuguese perspective”, 8.

A discussão em torno da cidadania europeia surge na década de setenta do séc. XX com o intuito de conceder um conjunto de direitos civis, políticos e sociais aos nacionais de um Estado-Membro que estivessem a exercer liberdades económicas noutro Estado-Membro, de modo a colocá-los em pé de igualdade com os nacionais do Estado-Membro de acolhimento, e por essa via promover a tendencial equiparação das posições jurídicas dos nacionais dos Estados-Membros na então Comunidade. Neste sentido, a cidadania europeia sempre esteve relacionada com o imperativo de igualdade dos nacionais dos distintos Estados-Membros – que gozariam dos direitos e estariam sujeitos aos deveres previstos nos Tratados.⁵⁷ E esta ideia de comunidade de direitos e deveres (que são fixados pelo direito da União e não dependem do Estado)⁵⁸ é capaz de promover o sentido de pertença à União entre os indivíduos.

Ocorre que, estando a ideia de cidadania nacional tradicionalmente ancorada naquela da preservação do Estado-nação (ou na definição do “nós” e do “outro”), o reconhecimento da cidadania europeia, através do Tratado de Maastricht, pôs a questão de saber 1) que tipo de comunidade política poderia ser criada para além do Estado-nação, 2) que relação teria com as comunidades políticas nacionais, 3) quem poderia gozar de tal estatuto e que direitos teria – tudo questões que estão no cerne da integração europeia enquanto projeto político e que continuam na ordem do dia.⁵⁹ De qualquer forma, por não servir à preservação do Estado-nação e basear-se numa pluralidade de nacionalidades, a cidadania europeia não podia ter – e não tem – a mesma natureza da cidadania nacional, sendo originária e essencialmente uma cidadania inclusiva.⁶⁰

⁵⁷ O que resulta patente nos atuais arts. 9.º do TUE e 20.º, n.º 2, do TFUE.

⁵⁸ Cfr. conclusões do Advogado-Geral Póiares Maduro no proc. C-135/08, *Rottmann*, apresentadas em 30 de setembro de 2009, considerando 23.

⁵⁹ Tais questões são enunciadas por Damian Chalmers et al., *European Union Law. Text and materials*, (Cambridge University Press, 2006), 561 a 562, onde se lê: «the debate surrounding citizenship concerns the nature of political community».

⁶⁰ Sobre as ideias de inclusão e exclusão no contexto da cidadania europeia cfr. Catherine Barnard, *The substantive law of the EU. The four freedoms* (Oxford University Press, 2007), 411. Para uma visão da cidadania europeia enquanto «constructive, transformative and multiple identity», cfr. Amarillys Verhoeven, *The European Union in search of a democratic and constitutional theory*, (The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2002), 168 e ss. Sobre a conexão entre cidadania e o «constitutional framework» da União e a sua emergência enquanto comunidade política, cfr. Jo Shaw, *Law of the European Union* (Palgrave Law Masters, 2000), 381 e ss.

A cidadania europeia, diferentemente da cidadania nacional, não pressupõe a comunidade da qual o cidadão é membro – ela cria essa comunidade (de direitos). Ou seja, a cidadania europeia é construída e desenvolve-se através do exercício de direitos – e para tanto muito contribuiu a jurisprudência do TJUE, que evolui a partir da provocação dos tribunais nacionais via reenvio prejudicial (artigo 267.º TFUE). Não foi por outra razão que o debate em torno da cidadania europeia desenvolveu-se paralelamente (e acabou por confundir-se com) àquele da proteção dos direitos fundamentais no seio da União: se os cidadãos europeus são titulares de direitos previstos nos Tratados (o que resulta atualmente plasmado no artigo 20.º, n.º 2, do TFUE), são-no também (e sobretudo) titulares dos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica europeia. Neste contexto é defensável que a essência/substância da cidadania europeia resida precisamente na proteção de direitos fundamentais.

Como explica Cunha Rodrigues, a breve trecho a jurisprudência do TJUE «mostrava as potencialidades do novo instituto». A partir do acórdão *Grzelczyk* de 2001,⁶¹ a cidadania europeia passou a ser referida pelo TJUE como «tendo vocação para se transformar no estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros». Assim, explica o ex-juiz do TJUE, através «da aplicação do princípio de não discriminação mas igualmente pelo reconhecimento de que a cidadania comporta um núcleo duro de direitos que não podem ser postergados e tendem mesmo para a expansão (daí, a vocação para que a cidadania se converta num estatuto fundamental), a jurisprudência da União encontrou resposta para muitas carências ou lacunas de protecção».⁶²

E continua Cunha Rodrigues: «Criou-se, por assim dizer, uma interacção, entre cidadania e direitos fundamentais cujo efeito mais sensível e bem observado pela doutrina é a aplicação do direito da União a situações que, até aí, eram tendencialmente consideradas puramente internas. O número de decisões em que, por aplicação do estatuto de cidadão europeu, foram reconhecidos direitos é significativo, em matérias tão diferentes como, as do direito de circular e residir, de protecção da vida familiar, do direito ao nome, ou do acesso ao ensino».⁶³ Por esta razão, acrescentaríamos nós, a ideia

⁶¹ Cfr. acórdão *Grzelczyk*, de 20 de setembro de 2001, proc. C-184/9.

⁶² Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 18.

de que cidadania europeia (artigo 20.º TFUE) pode permitir o acesso dos particulares ao padrão de jusfundamentalidade da União, e, conseqüentemente, ao nível de protecção mais elevado por ele prosseguido⁶⁴ (quando outro link/conexão com o direito da União não resulte evidente), é tão importante no presente momento da integração.⁶⁵

No seguimento do célebre acórdão *Zambrano* de 2011,⁶⁶ alguma doutrina tem defendido que importa definir a substância da cidadania europeia por referência à essência dos direitos fundamentais reconhecidos pelos Tratados.⁶⁷ Armin von Bogdandy sugere mesmo o «reverso da doutrina *Solange*»⁶⁸, agora aplicada aos Estados-Membros a partir da ordem jurídica da União. Neste sentido, a desconsideração dos direitos fundamentais protegidos pela União, por parte de um Estado-Membro, mesmo relativamente a uma questão dita «puramente interna», poderia ser considerada uma violação da substância da cidadania europeia – e permitiria que o indivíduo invocasse o seu estatuto de cidadão europeu (e os direitos que implica) junto dos tribunais nacionais,

⁶³ Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, 19.

⁶⁴ Sobre o tema, cfr. Leonard Besselink, “Multiple political identities: revisiting the maximum standard”, in *Citizenship and solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, ed. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Froufe (Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien: Peter Lang, 2013), 235-252; Bruno De Witte, “Tensions in the multilevel protection of fundamental rights: the meaning of article 53 EU Charter”, in *Citizenship and solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, 205-217; Mariana Canotilho, “Comentário ao artigo 53.º da CDFUE”, *Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeia Comentada*, ed. Alessandra Silveira and Mariana Canotilho (Coimbra: Almedina, 2013), 606-624.

⁶⁵ Sobre o tema, cfr. Alessandra Silveira, “Citizenship of rights and the principle of the highest standard of fundamental rights’ protection: notes on the *Melloni* case”, in *The reconceptualization of European Union citizenship*, ed. E. Guild et al. (Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2014), 285-299; Alessandra Silveira et. al., “Portugal”, in *Reports of the XXV FIDE Congress Tallinn 2012 – vol. 1: The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention of Human Rights and National Constitutions*, ed. Julia Laffranque (Tallinn: Tartu University Press, 2012), 715-717.

⁶⁶ Cfr. acórdão *Zambrano*, de 8 de março de 2011, proc. C-34/09.

⁶⁷ Neste sentido, cfr. Armin von Bogdandy et. al., “Reverse *Solange* – protecting the essence of fundamental rights against Member States”, *Common Market Law Review* 49, n.º 2 (2012); Jože Štrus e Nina Peršak, “The Charter of Fundamental Rights and EU citizenship: the link with EU Law re-examined”, in *The reconceptualization of European Union citizenship*, eds. E. Guild et al. (Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2014), 323-341.

⁶⁸ A chamada doutrina *Solange* deriva da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão [cfr. BVerfGE 73, 339, 376 (1986), *Solange* II], segundo a qual o tribunal de Karlsruhe “exime-se” de controlar o direito secundário da União desde que a protecção dos direitos fundamentais na UE seja essencialmente similar à protecção exigida pela Lei Fundamental alemã.

sem ter de procurar nexos fictícios ou hipotéticos com o direito da União para beneficiar do padrão de jusfundamentalidade europeu.⁶⁹

Seria uma espécie de «mecanismo europeu de resgate para direitos fundamentais» – como lhe chamou Viviane Reding na sua intervenção de abertura do XXV Congresso da FIDE (Federação Internacional de Direito Europeu, Tallinn/Estónia, 31 de maio de 2012), referindo-se especificamente a tal corrente doutrinária.⁷⁰ Não será por outra razão que a Comissão Europeia lançou recentemente uma consulta pública relativa ao setor da justiça na União, através da qual pretende precisamente saber, no que respeita aos direitos fundamentais, se os cidadãos entendem que os direitos consagrados na CDFUE deveriam ser diretamente aplicáveis nos Estados-Membros *em todos os casos*, abolindo-se as limitações do artigo 51.º, n.º 1, CDFUE.⁷¹

8. Considerações finais

A União Europeia é a história de crises transformadas em oportunidades de aprofundamento do processo integrativo. O que vivemos hoje é apenas mais uma página dessa história. Parece mais dolorosa porque somos nós que a vivemos, não a recordamos por intermédio de relatos alheios. Isto nos leva a lembrar, com Ulrich Beck, da definição de crise de Antonio Gramsci: «a crise, diz Gramsci, é o momento em que a velha ordem mundial morre e em que é necessário lutar por um mundo novo, contra resistências e contradições. Porém, é precisamente esta fase de transição que é marcada por muitos equívocos e desordens. É precisamente a isto que estamos a assistir atualmente: uma cesura, um interregno, a simultaneidade do colapso e do despontar – com o resultado em aberto».⁷²

A gestão da crise e a vivência da crise são difíceis – perplexidade, medo, frustração, inquietação, «tudo isto é típico destas situações confusas» –, sobretudo porque as

⁶⁹ Cfr. conclusões *Zambrano*, de 30 de setembro de 2010, proc. C-34/09, considerando 167.

⁷⁰ Cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_en.htm?locale=en

⁷¹ Cfr. http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/fundamental_rights_en.pdf

⁷² Cfr. Beck, *A Europa alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*: estratégias de poder na crise do euro, 26-27.

«expectativas das pessoas deixaram de ser compatíveis com os arranjos institucionais que deveriam satisfazê-las», explica Ulrich Beck. Mas a «discrepância entre as expectativas e a realidade é sempre motor para a mobilização social»,⁷³ conclui o Autor. Nesta medida, o relato de crises passadas ensina que, apesar de não haver soluções milagrosas, a crise fomenta os consensos e compromissos nos quais a maquinaria da União sempre assentou – e o caminho sempre passou por “mais Europa” ou “melhor Europa”. E o contexto de crise concede mais uma oportunidade ao TJUE para, em diálogo com os tribunais nacionais – por sua vez movidos por cidadãos zelosos dos seus direitos –, demonstrar o papel ativo e determinante que os tribunais europeus sempre desempenharam na construção de uma União de direito. Porque a integração europeia faz-se a partir de normas jurídicas – e das decisões judiciais que as aplicam.

⁷³ Cfr. Beck, *A Europa alemã. De Maquiavel a “Merkievel”*: estratégias de poder na crise do euro.