



UNIO  
EU LAW JOURNAL

## **Direitos fundamentais na reflexão do Conselheiro Cunha Rodrigues**

**José Manuel Cabrita Vieira e Cunha**

*Juiz Desembargador do Tribunal da Relação do Porto*

*RESUMO: Com fundamento em textos do Conselheiro Cunha Rodrigues, o Autor encontra, na base da atual prevalência da jurisprudência jusfundamental do Tribunal de Justiça, o primordial estabelecimento dos princípios do primado e do efeito direto. Chama a atenção para as consequências de tipo funcionalista da jurisprudência do Tribunal de Justiça na relação entre a União e os Estados-Membros e no nascimento do conceito de cidadania da União, contribuindo para ultrapassar o que outrora ambicionou apenas ser a construção de um mercado comum. Por fim, constata o impasse da União após a criação da moeda única, dividida entre o aprofundamento do projeto político e o recuo intergovernamental, sustentado pelos eleitorados nacionais.*

*PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais – primado – efeito direto – crise da União – Cunha Rodrigues.*

Para além do agradecimento à Sr.<sup>a</sup> Prof.<sup>a</sup> Alessandra Silveira, pelo gentil convite para usar da palavra nesta cerimónia, desejava saudar o Sr. Conselheiro Cunha Rodrigues, pelo que, ao longo dos anos, e ao longo dos diversos encargos que assumiu, significou de farol da lucidez e da racionalidade, contra os eternos preconceitos ou o pensamento extremado. Bem-haja pela visão das questões, mas, acima de tudo, pela forma como a soube combinar com a lógica, o pragmatismo e a ponderação que foram timbre do seu discurso.

O texto que se segue não constitui um estudo, muito menos um estudo aprofundado, de qualquer tema – integra antes um conjunto de reflexões que o pensamento do Sr. Conselheiro, bem como alguma jurisprudência por si relatada, me suscitam.

## I

A temática dos direitos fundamentais, bem como dos princípios estruturantes do Estado de Direito, assume um relevo fundador nas sociedades modernas – dela se recolhe a equilibrada solução dos conflitos e das questões jurídicas, e neles se baseiam as sociedades de respeito pela personalidade e pelas opções pessoais de cada cidadão, como um entre iguais.

Ao falarmos em igualdade, legalidade, proteção da confiança, proibição do excesso e garantias procedimentais, não tocamos apenas em tópicos formais, sem coração, que devem ser obedecidos por um anódino comando de autoridade – falamos do Sermão da Montanha, do Livro dos Salmos, falamos de Lutero ou Erasmo de Roterdão, de Montesquieu, de Kant ou Voltaire, de Teilhard de Chardin ou João XXIII, de Hannah Arendt, e, em geral, do subtil caminho da humanidade para o declínio do preconceito, do moralismo, do extremismo e da violência, em suma, para a felicidade e o bem viver. Como diz Steven Pinker, na sua consagrada obra,<sup>1</sup> falamos da capacidade de nos colocarmos na posição do Outro, imaginando o que é sentir-se em tal situação.

A matéria fez o seu caminho – o Tribunal de Justiça costumava defender, nos seus tempos primordiais, designadamente antes de 1969, que não era a sua função aplicar ou interpretar princípios gerais, escudando-se em que competia a defesa ou aplicação de tais princípios às demais entidades comunitárias ou estaduais. O acórdão *Internationale Handegellschaft* marcou a viragem.

Como o Conselheiro Cunha Rodrigues oportunamente salientou, o estabelecimento do princípio do primado veio transformar a conceção anterior – em primeiro lugar, porque existiam verdadeiras medidas legislativas ou regulamentares da Comunidade que não poderiam ser afastadas ou, pela sua natureza, interpretadas pelas regras do direito nacional; depois, porque os direitos fundamentais integravam efetivamente os quadros, estrutura e os objetivos comunitários,<sup>2</sup> no sentido em que o primado não poderia ser

---

<sup>1</sup> Steven Pinker, *The better angels of our nature*, (New York: Penguin Books, 2011), 693.

<sup>2</sup> José Narciso Cunha Rodrigues, “The incorporation of fundamental legal rights in the Community legal order”, in Miguel Maduro e Loïc Azulai, *The past and future of EU Law*, (Oxford: Hart Publishing 2010).

alheio ao respeito pelos direitos individuais dimanado das constituições nacionais dos Estados-Membros.

Demorou um tempo porém do ponto em que os direitos fundamentais começaram por ser encarados como instrumentos de integração, para, finalmente, serem encarados como direitos subjetivos, individuais, como tal devendo vigorar no espaço comunitário, tendo por fonte não apenas as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros (precedente estabelecido desde 1969), como também os Tratados Internacionais para a proteção de direitos humanos de que os Estados-Membros tinham sido signatários (a partir de 1974, o Tribunal de Justiça refere expressamente decisões do Tribunal Europeu, no acórdão *Nold*, e, a partir de 1990, inclui tais decisões no seu próprio precedente).

Tal não terá afastado a conceção de que «os objetivos prosseguidos pela Comunidade» poderiam constituir limite aos direitos fundamentais, e isto porque foi necessário ao precedente jurisprudencial fazer um caminho até ao estabelecimento dos princípios do primado e do efeito direto; desde muito cedo porém se colocaram duas condições limite à interpretação da lei comunitária: o respeito pela substância dos direitos e o respeito pelo princípio da proporcionalidade. No acórdão *Nold*, por exemplo, foi afirmado que o direito fundamental à propriedade e o direito à livre prática de uma atividade profissional são prerrogativas que devem ver-se limitadas pela respetiva função social, desde que a sua parte mais substancial não seja afetada.<sup>3</sup>

As decisões posteriores firmaram um princípio de «proteção equivalente» e, mais tarde, do «mais elevado nível de proteção», unindo assim o Tribunal de Justiça às jurisdições nacionais e firmando um princípio de proteção e aplicação dos direitos fundamentais em torno da ordem jurídica da então Comunidade, ou da hoje União, isto é, compreendendo a consabida capacidade de diálogo quer entre as tradições constitucionais, quer entre os próprios Tribunais, na linha dos princípios antes estabelecidos pelo próprio Tribunal de Estrasburgo.

---

<sup>3</sup> Takis Tridimas, “Primacy, fundamental rights and the search for legitimacy”, in Miguel Maduro, e Loïc Azulai, *The past and future of EU Law*, (Oxford: Hart Publishing, 2010), 99.

A plena consagração e vigência dos direitos individuais na aplicação da lei comunitária transformou a natureza das liberdades económicas, como referiu o Sr. Conselheiro Cunha Rodrigues:<sup>4</sup> reforçou o seu impacto social, por um lado; por outro, aprofundou a dimensão subjetiva das liberdades económicas.

O primeiro efeito prático desta jurisprudência<sup>5</sup> foi o de uma quase impercetível mas significativa transferência de poderes, intra-judicial, dos tribunais superiores dos Estados-Membros para o Tribunal de Justiça, reforçado na sua legitimidade; o segundo, encontrou-se no fortalecimento, de tipo funcionalista, da Comunidade perante os Estados-Membros e do Tribunal de Justiça perante outras instâncias comunitárias; finalmente, estava encontrado o caminho, mais tarde reafirmado, do controlo da compatibilidade com as normas comunitárias das estritas normas nacionais, isto é, sem que mediasse, para essa intervenção, um litígio transfronteiriço ou interestadual.

A tradição jurisprudencial iniciada nos acórdãos *Internationale Handgesellschaft* e *Nold* culminou então funcionalisticamente na criação e na elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (aprovada em Nice, em 7/12/2000), mas, por outro lado, ao constitucionalizar os direitos fundamentais, reforçou o princípio do primado (para cujo conceito foram essenciais, entre outros, acórdãos como *Factortame*, *Francovich* ou *Simmenthal*), abriu caminho a um princípio de ponderação de direitos, e ainda à entrada em cena de outros direitos fundamentais de natureza política, social, cultural e económica, ao aprofundamento do direito da União em matérias como as do consumo ou do ambiente, e finalmente a questões ligadas às novas tecnologias, como a bioética.

Como uma vez mais bem assinala o Conselheiro Cunha Rodrigues,<sup>6</sup> a consagração legal e institucional dos direitos fundamentais, no espaço da União, tornou o conceito de «cidadania» o novo quadro de referência e centro de gravidade do método jurisprudencial, na consequência daquilo a que o Autor apelidou o «arco

---

<sup>4</sup> José Narciso Cunha Rodrigues, “The incorporation of fundamental legal rights in the Community legal order”, 96- 97.

<sup>5</sup> Takis Tridimas “Primacy, fundamental rights and the search for legitimacy”, 99.

<sup>6</sup> José Narciso Cunha Rodrigues, “The incorporation of fundamental legal rights in the Community legal order”, 97.

constitucional», desviando a atenção comunitária da simples construção de um «mercado interno».

Hoje em dia, o artigo 2.º do Tratado da União Europeia, como resultou da redação de Lisboa, expressamente reconhece que a União se funda nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos Direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias, valores comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

A isto se segue o reconhecimento expresso, no artigo 6.º do Tratado da União Europeia, dos direitos, liberdades e princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, anexa ao Tratado e com o mesmo valor jurídico deste. O artigo 7.º prevê medidas de penalização dos Estados-Membros de quem se venha a constatar o afastamento dos valores referidos no artigo 2.º.

Na alusão de Takis Tridimis, pode hoje dizer-se que o Tribunal de Justiça e o Tribunal Europeu partilham os mesmos tópicos liberais de fundo, sendo-lhes comum uma visão da democracia não apenas como procedimental, isto é, a do domínio da maioria por eleições livres, mas sobretudo no que toca aos individuais direitos à diferença, à tolerância, ao pluralismo e à abertura de espírito, isto é, a democracia enquanto direito à diferença e aceitação sem reservas do outro.

O progressivo alargamento das competências comunitárias no espaço de segurança interna e justiça, concluiu-se, nos anos recentes, pelo alargamento da sindicância do Tribunal de Justiça a essas matérias de segurança e justiça e, dessa forma, a torná-las permeáveis à visão perpassada pelos direitos fundamentais, de tal maneira que se pode dizer que aí onde o Tribunal de Justiça tenha jurisdição, aí o nível de proteção se estenderá aos direitos fundamentais.

## II

A União Europeia vive hoje tempos de crise. Não que não seja essa a sua experiência desde o momento inicial, como referia Jean Monnet (*«j'ai toujours pensé que l'Europe*

*se ferait dans la crise et qu'elle serait la solution donnée à ces crises»*), mas cumpre perguntar se o papel dos direitos fundamentais se altera, neste momento em que a sobrevivência do “euro” continua interrogada.

As crises apelam às migrações de pessoas – estas, fazem levantar as questões dos nacionais e dos não-nacionais, aquilo que pretendemos superar com a criação dos espaços de União. A crise apela, na sequência, à compressão dos direitos dos emigrantes e à distinção entre nacionais e não-nacionais, como entrementes se vem esboçando em algumas legislações nacionais. Na análise da crise do Estado-Nação, enquanto Estado exclusivo para os “nacionais”, se encontra uma das partes mais estimulantes do pensamento dessa grande intelectual do século XX, a expatriada Hannah Arendt. Mas vamos virar a página.

Obviamente que, tratando-se de direitos fundamentais, são eles mais aptos a uma plástica aplicação judicial, independentemente de obrigarem, como obrigam, o legislador.

É precisamente no esforço jurisprudencial para suavizar, tornar mais leve, o emaranhado legislativo e regulamentar da União, que podemos vislumbrar a necessidade de aprofundamento da temática dos direitos fundamentais.

Os órgãos executivos da União não fogem à tendência política geral dos Estados para tudo disciplinar, por certo em resposta a sociedades em que a exigência política, a exigência da boa prestação estadual, se tornou generalizada.

A casuística jurisprudencial não visa potenciar a complexidade das soluções, mas antes permitir a solução mais justa do caso concreto, em vista dos princípios fundamentais que civilizacionalmente partilhamos – valores esses que alcançam até uma dimensão pré-jurídica.

A temática aprofundada dos direitos fundamentais, como têm sido jurisprudencialmente aplicados, não favorece a litigância indiscriminada, fundada na exploração das pequenas normas ou das leis sucessivamente modificadas, em favor de cidadãos manipulados ou que se auto-vitimizam no altar do edifício normativo. O olhar a partir dos direitos

fundamentais é o da aceitação de todos e para todos e do incremento da tolerância às frustrações que sempre a vida em sociedade nos reserva.

Deste ponto de vista, os direitos fundamentais têm também uma palavra a dizer na já falada «crise do euro» – a abstração do tema, mediado pela crise dos Bancos, dos Estados, dos défices, não permite ver os cidadãos concretos que se escondem atrás dessas grandes instituições e não parece que um cidadão vítima de um dano ilícito mereça um outro tipo de solidariedade que aquele que é vítima do desemprego, seja pelo despedimento, seja pela falta de oportunidades de se voltar a empregar ou a desenvolver uma atividade profissional – hoje que o terciário, a que se dedica a esmagadora maioria dos licenciados, se vê tão minguado.

Tendo em mente a unidade do espaço jurídico europeu, e os direitos fundamentais, podemos hoje aquilatar da frívola desconfiança com que os europeus encararam a vigência daquele que se supôs vir a ser o tratado constitucional, alimentada que foi pelo enfoque sobre os sucessivos alargamentos; estes, ao enfraquecerem a unidade europeia, enfraqueceram, ao menos temporariamente, o modelo funcionalista de evolução de conjunto, um necessário «*ethos*» europeu, e reforçaram o modelo intergovernamental (como, de certa forma, se veio a revelar já no recuo materializado no Tratado de Lisboa).

Mas não há alternativa às escolhas dos povos e dos seus representantes.

Vivemos um momento no qual a qualidade de moderação do julgador apela ao direito leve, ao direito aos direitos, em contrapeso à insegurança das normas e das políticas.

Ao mesmo tempo, o reforço da dimensão política da União contribuirá para a defesa do “euro” e também para essa ideia de que a Europa não serão, ou não terão de ser necessariamente, vinte e oito pequenas Alemanhas exportadoras – pura e simplesmente porque uma tal ocorrência é assaz improvável e, por exemplo, debalde a procuraremos na história.

«*Hélas*», não se pode deixar de encarar a possibilidade de um verdadeiro “retrocesso” europeu, no sentido de que as atuais fronteiras da União venham a ser repensadas numa “nova Europa” ou em “novas Europas”.

Porém, não provavelmente um retrocesso para o Estado-Nação – desde logo porque o patriotismo guerreiro se tornou uma relíquia incómoda e as tiranias hibernam; por fim, porque a forma específica do Império europeu (na aceção de Ulrich Beck, um império livremente consentido, que não conquista, mas apela à integração) é a forma mais adaptada à velocidade do devir, no mundo contemporâneo, e, em geral, à atual realidade marcada pela globalização.

Mais uma vez continuaremos a dar razão à visão prática de Jean Monnet – «*Ai-je assez fait comprendre que la Communauté que nous avons crée n’a pas sa fin en elle même? La communauté elle même n’est qu’une étape vers les formes d’organization du monde de demain*».<sup>7</sup>

O futuro está, como sempre, em aberto e, como tudo o que é humano, depende do que é impossível prever – como a sabedoria dos antigos gregos já adivinhava, não se trata apenas de «*agon*», mas igualmente de «*alea*».

Ao Sr. Conselheiro Cunha Rodrigues e a todos os demais presentes, muito obrigado pela atenção generosa que me quiseram dispensar.

---

<sup>7</sup> *Apud* Olivier Blin, «Les crises de la construction Européenne», in *Crises et Droit*, (Toulouse:2010), 261.