

Data enia

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242 | Semestral | Gratuito
Ano 1 • N.º 01 • Julho-Dezembro 2012

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.

ÍNDICE

Data Venia	03
<i>Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito</i>	
Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ / Consentimento do Doente.....	05
<i>Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, Juiz Conselheiro</i>	
O Interesse no Contrato de Seguro.....	27
<i>Pedro Miguel S.M.Rodrigues, Mestrando em Direito</i>	
A Problemática da Investigação do Cibercrime.....	63
<i>Vera Marques Dias, Advogada</i>	
Notas sobre o Direito à Subida de Divisão no Futebol Profissional Português	89
<i>Sérgio Monteiro, Advogado-Estagiário</i>	
O Segredo de Justiça.....	103
<i>Valentim Matias Rodrigues, Oficial de Justiça</i>	
A Intervenção da Polícia no Procedimento de Urgência e na Informação Tutelar Educativa.....	137
<i>João Manuel Pereira Duarte, Chefe da PSP</i>	
O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção	151
<i>Maria Conceição da Rocha Coelho, Advogada</i>	
A Lista Pública de Execuções.....	179
<i>Armando Branco, Solicitador e Agente de Execução</i>	
A evolução da atividade interpretativa do Juiz da União Europeia e a aplicação das teses de Hart e de Dworkin	189
<i>João Chumbinho, Juiz de Paz</i>	
Do Processo Especial de Tutela da Personalidade no Projeto de Reforma do Código de Processo Civil	223
<i>Ana Catarina Fialho, Mestranda em Direito</i>	
Registo Histórico e Judicial – As Ordenações Afonsinas Os Juizes, Procuradores e Escrivães nas Ordenações Afonsinas.....	243



A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUIZ DA UNIÃO EUROPEIA E A APLICAÇÃO DAS TESES DE HART E DE DWORKIN

JOÃO CHUMBINHO

Juiz de Paz e Coordenador do Julgado de Paz de Lisboa
Doutorando em Direito

RESUMO:

O presente texto finalizado em Setembro de 2010 retrata uma viagem pela evolução do exercício da função jurisdicional do juiz da União Europeia com o enfoque nas metodologias utilizadas e nas teorias filosóficas de Hart e Dworkin, tentando responder à questão de saber se os métodos aplicados são ou não determinantes no direito a aplicar, na resolução dos problemas das pessoas e na evolução de uma determinada ordem jurídica.

A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUIZ DA UNIÃO EUROPEIA E A APLICAÇÃO DAS TESES DE HART E DE DWORKIN

JOÃO CHUMBINHO
Juiz de Paz
Doutorando em Direito

SUMÁRIO:

Introdução 1. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no contexto da evolução do Projecto Europeu. 1.1. Os primórdios do Tribunal de Justiça. 1.2. O Tribunal de Justiça e a orgânica da União Europeia 1.3. O Tribunal de Justiça da União como sistema de Tribunais Especializados. 1.4. Os Tribunais nacionais como Tribunais comuns do Direito da União. 2. Os Poderes do Tribunal de Justiça na Interpretação e na Aplicação do Direito da União. 2.1. O conceito de Interpretação. 2.2. Os métodos de interpretação no TJUE. 2.3. O conceito de norma. 2.3.1. As espécies de normas 2.3.2. As regras jurídicas. 2.3.3. Os princípios jurídicos. 2.4. O Tribunal de Justiça e a criação de normas 2.4.1. As competências do Tribunal de Justiça nos Tratados Fundadores. 2.4.2. A Competência por atribuição. 2.4.3. A criação de princípios. 2.5. Os princípios e o desenvolvimento da União. 2.6. O Tratado de Lisboa e os Poderes do Tribunal de Justiça. 3. Algumas considerações sobre o Direito Jurisprudencial da União e a Metodologia Jurídica. Conclusões.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS:

C.E.D.H.- Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CRP – Constituição da República Portuguesa
DR – Diário da República
JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias
LTC – Lei do Tribunal Constitucional
TC - Tribunal Constitucional
TCE – Tratado da Comunidade Europeia
TCF – Tribunal Constitucional Federal
TJ – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI – Tribunal Penal Internacional
TUE – Tratado da União Europeia
EU – União Europeia

Introdução:

A União Europeia é hoje composta por 27 Estados-membros e é considerada uma União de Direito, um ordenamento jurídico autónomo, dispondo de regras e princípios próprios. A União tem órgãos próprios, nomeadamente um sistema de justiça especializado denominado de Tribunal de Justiça da União Europeia que engloba vários tribunais.

Este estudo tem como objecto a actividade deste Tribunal e o modo criativo como tem interpretado e aplicado o Direito da União tentando responder à questão de saber que quadro jurídico motivou que este Tribunal esteja a ser considerado um motor do desenvolvimento da União Europeia e um dos órgãos que mais tem

contribuído para a integração política e para um processo que pode chegar a uma realidade próxima dos Estados Unidos da Europa.

Num primeiro momento, procederei ao enquadramento do Tribunal de Justiça da União Europeia no quadro da União, focando os seus primórdios, a sua posição e a sua função no quadro institucional bem como a sua qualidade de Tribunal especializado da União Europeia.

Num segundo momento, adoptarei um conceito de interpretação e identificação dos métodos interpretativos praticados pelo Tribunal de Justiça, afluindo o conceito de norma e suas espécies – regras e princípios. Além disso, será abordada a actividade do Tribunal na criação de normas, concretamente na criação de princípios, mencionando-os e salientando a sua importância no desenvolvimento do processo de integração Europeia e no Direito da União, não deixando de focar as principais mudanças introduzidas pelo Tratado de Lisboa nessa criativa actividade.

Num terceiro momento vou enquadrar a actividade do Tribunal de Justiça da União naquilo que parece ser uma tendência metodológica actual, que se traduz no recurso a métodos indutivos.

Por fim, apresentarei algumas conclusões, algumas das quais, em face da amplitude deste estudo, mais não são do que propostas para investigações futuras.

1. O Tribunal de Justiça da União Europeia no contexto da Evolução no Projecto Europeu

Primeiramente vamos proceder a uma análise da evolução do Tribunal de Justiça da União Europeia, numa perspectiva orgânica, afluindo a qualidade de tribunais especializados da União Europeia em contraposição com os tribunais nacionais como Tribunais comuns do Direito da União Europeia.

1.1. Os primórdios do Tribunal de Justiça

A Convenção “relativa a certas instituições comuns às três Comunidades” que se realizou em 25 de Março de 1957 e que tinha por objectivo diminuir a duplicação de órgãos com as mesmas funções, levou à criação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, sediado no Luxemburgo. No período anterior à Convenção existiam dois Tribunais, um criado pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e outro criado no âmbito dos dois Tratados de Roma. Decorria daquela Convenção que era criado um único Tribunal, que substituiu e absorveu o Tribunal criado no âmbito da CECA¹. Surge assim o Tribunal de Justiça.

Desde sempre o Tribunal de Justiça foi entendido como verdadeiro Tribunal com as garantias e os princípios que permitem qualificar um Tribunal enquanto tal, com jurisdição própria e competência exclusiva, funcionando como Tribunal Constitucional, administrativo, cível e de trabalho. Importa ainda referir que não existiu, nem existe, qualquer hierarquia entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais dos Estados Membros, pois o Tribunal de Justiça, não tem competência para anular ou reformar as decisões dos juizes dos Tribunais Nacionais, ao contrário do que se verifica num Tribunal Federal².

1.2. O Tribunal de Justiça e a Orgânica da União Europeia

Actualmente, o Tribunal de Justiça da União Europeia é um sistema jurisdicional autónomo a quem é cometida autonomamente a função de interpretar e aplicar o Direito da União Europeia e, portanto, no seio da União, o Tribunal de Justiça tem a função dos Tribunais tal como eles são entendidos no Estado Moderno, numa lógica do princípio da separação de poderes e de funções.

¹ JOÃO MOTA DE CAMPOS, Direito Comunitário, Vol. I, 4.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pág. 303.

² Acórdão de 16 de Dezembro de 1960, no caso Humblet, proc. 6/60, Col. p. 1145.

Assim, cabe ao Tribunal de Justiça da União Administrar a Justiça, ao lado dos outros órgãos da União: o Parlamento Europeu; o Conselho Europeu; o Conselho; a Comissão Europeia; o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas. Como refere Cunha Rodrigues “O que tem de peculiar a experiência das jurisdições comunitárias é a coexistência de um tipo organizativo inspirado no modelo continental e de um método que rapidamente evoluiu segundo os parâmetros do sistema anglo-americano”³. No entanto, há grandes diferenças comparativamente com um modelo Estadual onde impera o princípio de separação de funções, quer pela especificidade do processo legislativo, quer pela inexistência de hierarquia entre os actos jurídicos europeus (regulamento, directiva, decisão), quer pelo exercício da função jurisdicional. Apesar disso, verifica-se um equilíbrio institucional e um controlo recíproco (sistema de freios e contrapesos) que permite salvaguardar e garantir o regular funcionamento dos órgãos⁴.

A delimitação das competências entre órgãos da União Europeia não tem sido sempre a mesma ao longo dos tempos, mas tem permitido definir o modelo político e a articulação, separação e equilíbrio de poderes⁵ o que também se afere na delimitação entre as atribuições da União e as dos Estados membros, concretamente no que se refere ao Direito Constitucional.

Com o Tratado de Lisboa há mudança ao nível do quadro institucional passando o sistema jurisdicional da União Europeia a adoptar a denominação de Tribunal de Justiça da União Europeia⁶, onde se inserem o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral que corresponde ao anteriormente

denominado Tribunal de Primeira Instância e onde encontramos o Tribunal da Função Pública.

Importa, desde logo, referir que o Tribunal de Justiça se distingue de um Supremo Tribunal de um Estado Federal, na medida em que na União Europeia não se estabelece uma relação hierárquica entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais dos Estados-Membros, nem o TJ funciona como tribunal de recurso das decisões proferidas nos tribunais dos Estados-Membros. Estamos perante dois ordenamentos jurídicos que estabelecem pontos de contacto para alcançar objectivos comuns. Por isso, o Tribunal de Justiça não declara a invalidade de uma norma nacional. Por sua vez o juiz nacional quando estiver perante uma norma nacional desconforme com a norma da União Europeia, deve desaplicá-la sem declarar a sua invalidade.

1.3. O Tribunal de Justiça da União como sistema de Tribunais Especializados

Nesta matéria vigora o princípio da aplicação descentralizada do Direito Comunitário pelos Estados-Membros que transforma os Tribunais Nacionais em tribunais comunitários.

Ao consagrar o princípio da aplicabilidade direta e o princípio do primado, converteram-se os juizes nacionais, juntamente com TJUE, em guardiães do Direito da União Europeia e, toda a conversão dos juizes nacionais em juizes da UE supõe um desdobramento da função judicial, o que se traduz também na atribuição de poderes ao juiz nacional, os quais muitas vezes, não decorrem da Constituição⁷.

A relação que se estabelece entre o TJ e os tribunais nacionais é uma relação de mútua necessidade, na medida em que tanto os tribunais nacionais necessitam do TJ para aplicar de forma eficaz as normas da UE, como o TJ necessita dos

³ CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., pág. 36

⁴ ALEXANDRA SILVEIRA, princípios do Direito da União Europeia, Lisboa, Quid Juris, 2009, pág. 32.

⁵ DIEGO J. LINÁN NOGUERAS, La Reforma de La Delimitación en La Futura Unión Europea, Granada, Editorial Universidad de Granada

⁶ Art. 19.º do TUE

tribunais nacionais para garantir uma aplicação eficaz do direito da união em todo o seu território⁸.

A coerência, a unidade de ação na aplicação do Direito da UE e a defesa da segurança jurídica são objetivos bem presentes no funcionamento do mecanismo do reenvio prejudicial⁹.

1.4. Os Tribunais nacionais como Tribunais comuns do Direito da União

O Sistema Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Direito da União, não se enquadra num aparelho judiciário próprio que permita garantir a salvaguarda dos direitos subjectivos dos particulares face ao direito da União. Essa função foi remetida para os ordenamentos jurídicos internos, bem como a de disciplinar os meios de garantir o exercício processual dos direitos. A articulação necessária entre o direito processual nacional e o direito substantivo obedece à articulação entre o princípio da cooperação leal constante do artigo 10.º do Tratado da União Europeia e o mecanismo do reenvio prejudicial, actualmente, previsto no TFUE (artigo 267.º do TFUE).

Em suma, o Sistema do TJUE contém em si, por definição, Tribunais que exercem a função jurisdicional com autonomia e no âmbito do equilíbrio institucional da União Europeia. Os Tribunais da União Europeia, não estão numa posição hierarquicamente superior comparativamente aos Tribunais Judiciais e exercem a sua actividade em cooperação com os Estados-membros, funcionando como Tribunais especializados em Direito da União, exercendo os tribunais dos Estados membros a sua função como tribunais comuns.

⁷ DANIEL SARMIENTO, ob.cit.,pág.41

⁸ DANIEL SARMIENTO, ob.cit., pág.46.

⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS, Direito Constitucional, 2005, pág.611

2. Os Poderes do Tribunal de Justiça na Interpretação e na Aplicação do Direito da União

Nesta secção vamos abordar a atividade interpretativa do Juiz da União na aplicação do direito, começando pela adoção da definição dos conceitos de interpretação e de norma, fazendo alusão aos métodos de interpretação implicados na criação de normas.

2.1. O Conceito de Interpretação

“Não é a falta de clareza (linguístico-hermenêutico-exegética) das leis que justifica a interpretação, é a problemática-concreta realização normativa do direito que a não pode dispensar”¹⁰.

Nesta primeira secção, deste segundo capítulo, que é um enquadramento do que vou tratar a seguir, importa, desde logo, referir que, sem ter a pretensão de ter encontrado uma resposta definitiva, parto de uma noção ampla de interpretação jurídica na medida em que não concebo que haja uma separação estanque entre a interpretação e a aplicação do direito e também não concebo o direito sem ter em conta os seus fins como sejam a Paz Social, a Justiça e a Segurança Jurídica.

Na esteira de Esser, Kaufmann, Gadamer¹¹, Dworkin¹², Paul Ricouer¹³ e Castanheira Neves

¹⁰ A. CASTANHEIRA NEVES, O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I, Coimbra editora, 2003.

¹¹ GADAMER, defende que Compreensão, interpretação e aplicação são três momentos autónomos mas interdependentes.

¹² Para Dworkin o direito está centrado na decisão judicial, no caso concreto, DWORKIN, Law's Empire, Reimpressão da edição de 1998, London, Hart Publishig, 1986, pág. 1. Para este autor o processo de interpretação dividia-se em três fases: 1) O estágio “pré-interpretativo” em que o intérprete identifica a norma a aplicar; 2) O estágio interpretativo em que o intérprete apenas terá de se basear em argumentos de cariz geral relativamente às normas identificadas na primeira fase; 3)No estágio pós-operativo o interprete deverá adequar a sua interpretação relativamente ao caso prático em conformidade a justificada argumentação geral da nova identificada, cf. Dworkin, Law's Empire, pág. 66.

¹³ PAUL RICOEUR, O Justo ou a Essência da Justiça, Lisboa, Instituto Piaget, 1997.

não concebo a interpretação da Lei fora de uma lógica de aplicação do Direito, nem desligada da realidade de onde decorrem os factos e as relações que ao direito cabe regular, embora reconhecendo que é possível a abstração da prática aquando da atividade interpretativa e que há perspetivas diferentes¹⁴ desde que permitam também, ao aplicador do direito aplicá-lo rigorosa e objectivamente, mas não sigo a interpretação jurídica como sinónimo de análise de linguagem, tal como defende Bobbio, na medida em que, ao sentido “potencial” do texto abstractamente interpretado acresce o “sentido actual”, isto é, citando Castanheira Neves “o sentido problemático-concretamente constituído ou o sentido que, embora no quadro virtual daquele primeiro, será determinado em ordem e pela mediação da concreta existencial que problemáticamente o solicita. Esta distinção entre o sentido potencial e o sentido actual não é só paralela como confirma a distinção da hermenêutica jurídica, já aludida, entre interpretação doutrinária e interpretação operatórias - e se, já por isso, põe a claro o carácter efectual ou de aplicação de toda a interpretação, permite-nos ainda compreender que, tal como a semiótica culmina na pragmática, também a própria leitura-interpretação jurídica culmina com a concretização”.¹⁵ Para Castanheira Neves a interpretação jurídica tem natureza normativa e não natureza linguística porque o que se pretende com a interpretação é determinar o critério de decisão para o caso concreto e, portanto, a interpretação é um instrumento essencial na

realização normativa do direito. Recentemente Humberto Ávila referiu que “A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstractamente desconsiderados”¹⁶. Kant resumia tudo isto numa só frase “A faculdade de julgar constitui um talento particular que não pode ser apreendido, unicamente exercitado”¹⁷, até porque entendia que as necessidades de agir ultrapassam infinitamente as possibilidades de conhecer¹⁸.

Hans Kelsen distinguia a interpretação do direito da aplicação do direito. Distingua a interpretação realizada pela ciência do direito da interpretação levada a cabo pelo aplicador do direito que é sempre autêntica, referindo que esta última cria direito, pois nesta interpretação do aplicador do direito acresce um acto de vontade em que o aplicador do direito opta pelas várias possibilidades reveladas através da interpretação (que ele denomina de cognitiva). Apesar de distinguir os momentos não deixa de qualificar os dois como de interpretação¹⁹.

O dilema existente entre a abstração e as necessidades de aplicação concreta da norma faz parte da estrutura do direito e, na minha perspectiva, implica a adopção do conceito amplo de interpretação. Apesar disso, não se pode deixar de reconhecer que é possível uma atividade interpretativa independente da aplicação do direito.

Seguindo de perto Castanheira Neves, a interpretação pode ser entendida como um processo que integra três momentos ou elementos: o objecto (problemático) que refere; o objectivo

¹⁴ GIOVANNI TARELO, *Philosophical Analysis and the Theory of Legal Interpretation*, in *Law and Language, The Italian Analytical School*, Ed. A. Pintore and M. Jori, Liverpool, Dëbora Charles production, 1997, pag. 69-83 procede à distinção entre interpretação como actividade e como produto dessa actividade, e interpretação e aplicação como actividade e aplicação como produto e defende que não há claramente uma correspondência entre interpretação e aplicação, pois uma simples operação intelectual levada a cabo em sede de interpretação não provoca quaisquer consequências para a ordem jurídica, o mesmo não se podendo afirmar quando procedemos à operação de aplicar o direito.

¹⁵ A. CASTANEHRIA NEVES. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra, Coimbra editora, 2003, pág. 20.

¹⁶ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pág.47.

¹⁷ IMMANUEL KANT, *Crítica da Razão Pura*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª Edição, 2001.

¹⁸ Apud CASTANHEIRA NEVES, ob. Cit., pág. 83.

¹⁹ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 4.ª Edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1976, pág. 470.

(epistemológico-metodológico) que integra; e a axiologia (regulativa) que assume²⁰. Quanto ao primeiro, o objecto problemático é o caso decidendo; o objectivo (epistemológico-metodológico) em que o paradigma epistemológico deixou de ser o conhecimento (a teoria) para passar a ser decisão; a axiologia funciona como disciplina regulativa da atividade interpretativa.

No contexto desta investigação importa referir que é esse conceito amplo de interpretação que consta do artigo 267.º do TFUE onde se refere que o Tribunal de Justiça é competente para decidir a título prejudicial sobre a “interpretação dos Tratados”. Ora, o conceito de interpretação subjacente a esse artigo consiste em: esclarecer o sentido material das disposições de direito da União Europeia em análise, bem como “determinar o seu alcance e definir os seus efeitos”²¹.

A noção da interpretação da teoria analítica do Direito

*Vemos assim os mesmos delitos punidos pelo mesmo tribunal de forma diferente em diferentes momentos, por ter consultado, não a voz constante e fixa da lei, mas a errante instabilidade das interpretações*²².

Um dos grandes impulsionadores da filosofia da linguagem e da teoria analítica do direito sempre teve como muito presente a ideia de que a linguagem tem limites. O filósofo austríaco Wittgenstein foi determinante pois o *Tractatus Logico-philosophicus* influenciou quer o positivismo lógico do Círculo de Viena, quer, a partir dos anos cinquenta, a escola de filosofia

ordinária (Escola de Oxford) mas, neste caso, mais influenciada pela obra “Investigações Filosóficas”. Importa referir que o próprio Wittgenstein se afastou dos métodos analíticos da Escola de Oxford²³. Para os defensores da teoria analítica do direito a interpretação tem como limite o sentido possível das palavras, evitando-se as incertezas, as faltas de rigor e a polissemia. Esta interpretação limita a liberdade do texto para além do sentido possível das palavras, limitando a liberdade criativa do juiz e garantindo, de facto, um dos fins do direito – a segurança jurídica. Em face dos critérios defendidos não deixa de ser um instrumento ao serviço do rigor e da objectividade, mas dentro de um conceito amplo de interpretação, parece-me que tem de ser entendida com flexibilidade, razoabilidade e ponderação. Neste contexto importa citar um escritor mexicano, Octávio Paz que diz o seguinte: “cada texto é único e, simultaneamente, é a tradução de outro texto. Nenhum texto é inteiramente original porque a própria linguagem, na sua essência, é já uma tradução: primeiro do mundo não verbal e, depois, porque cada signo e cada frase é a tradução de outro signo e de outra frase. Mas este raciocínio pode-se inverter sem perder validade: todos os textos são originais porque cada tradução é diferente. Cada tradução é, até certo ponto, uma invenção, e assim constitui um texto único”²⁴. Importa referir neste contexto o Brocardo jurídico “*Sure legis non est verbaearum tenera, sed vim ac potestatum*”²⁵

Apesar das limitações da linguagem, não se pode cair no campo da arbitrariedade pois como defende Bulygin os juízes têm à sua disposição meios para não aplicarem uma norma que

²⁰ Apud CASTANHEIRA NEVES, ob. cit., pág. 79.

²¹ FAUSTO DE QUADROS E ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso comunitário*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 53.

²² CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Tradução de José Faria Costa, Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pág. 68.

²³ Cf. IGNACIO SANCHEZ CAMARA, *Derecho y Language*, Coruña, Universidad da Coruña, 1996, pags. 43-44.

²⁴ OCTAVIO PAZ, *traducción: literatura y literalidad*, Barcelona, Tusquets, 1990, 3.ª ed.

²⁵ “Conhecer as leis não é aprender suas palavras, mas sua força e finalidade”.

entendem ser injusta mas não admitem que estão a afastar a norma que consideram injusta²⁶.

2.1. Os métodos de interpretação no TJUE

O método consiste naquele conjunto de regras e de procedimentos utilizados pelo intérprete na interpretação e aplicação do direito. A doutrina tem enunciado historicamente a existência de vários elementos de interpretação: o elemento gramatical (texto ou literal); o elemento racional ou teleológico; o elemento sistemático e o elemento histórico²⁷. As ordens jurídicas, em regra, não estabelecem qualquer hierarquia relativamente aos vários elementos de interpretação, como acontece, por exemplo no caso português. Repare-se que no caso português o artigo 9.º do Código Civil diz claramente que “...a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo...”. Emílio Betti entendia que o fundamento da regulação dos métodos de interpretação “está no facto de circunscrever à mais estreita margem possível a incerteza e a incompletude da tarefa hermenêutica, evitando o perigo de uma indefinida pluralidade de interpretações diferentes divergentes entre si”²⁸, e considerava as normas que os regulavam como normas imperativas, apesar de reconhecer que estas mesmas normas reguladoras dos métodos contêm critérios e limites em que há alguma liberdade para o intérprete²⁹. Outros autores, como Gustavo Zagrebelsky argumentavam no sentido em que se as normas que definem os elementos de interpretação, dependem da vontade do legislador, cabe ainda ao intérprete interpretar a vontade do

legislador³⁰, salientado que haveria uma margem de interpretação. A Lei portuguesa não definiu uma hierarquia, como foi admitido pelas declarações do próprio Ministro da Justiça no momento da aprovação do actual Código Civil, o Professor Antunes Varela.

Não é indiferente dar primazia a um destes elementos, pois a adopção de um ou outro destes elementos irá determinar um resultado diferente, dado que o método determina o resultado a alcançar. Em última análise, são as exigências e as necessidades da decisão concreta que vão determinar o método a aplicar, além de que só após a sua aplicação ao caso concreto se irá verificar os resultados da sua aplicação. Pois, se é assim, argumenta Alf Ross, o juiz primeiro pode decidir e depois fundamentar metodologicamente a decisão³¹.

Um método com critérios objectivos, além de ser um instrumento de controlo da actividade do juiz e de revelar racionalidade e objectividade, fomenta a igualdade, a certeza e a segurança jurídica. Um método sem critérios objectivos, fomenta a desigualdade, a incerteza e a insegurança jurídica mas pode alcançar outros fins, como a justiça e a sua adequação face à realidade e aos fins que se pretendem alcançar. Apesar de indiretamente, é também sobre esta liberdade do intérprete aplicador que versa a presente investigação.

No contexto da criação das Comunidades e texto dos Tratados foi dada primazia a um elemento de interpretação, o elemento teleológico, e foi com recurso a este elemento de interpretação que nas Comunidades se adoptou o método funcional (definição das competências em função dos objectivos) que era o método inicialmente

²⁶ EUGENIO BULYGIN, En defensa de el Dorado, Respuesta a Fernando Atria, in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO; RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, Lagunas en el Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2005, p.74.

²⁷ JOÃO BAPTISTA MACHADO, A Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 12.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000.

²⁸ EMILIO BETTI, interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica), 2.ª Edição, Milano, Giuffrè Editore, 1971 p. 237

²⁹ Ibidem, pág. 248-249.

³⁰ GUSTAVO ZAGREBELSKY, Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia, 1992, tradução Española, El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trot, 2003, pag. 135.

³¹ Cf. ALF ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, 2.ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997, pp 156, 173 seguintes.

adoptado pelo Tribunal, pois a interpretação tinha em conta os objectivos, os fins, e os respectivos prazos quando existiam, e determinava a competência dos vários órgãos tendo presente os fins das comunidades. Mas, desde muito cedo, o próprio Tribunal de Justiça declarou que a União era uma União de Direito, ao criar o Princípio da União de Direito, segundo o qual há uma limitação à actuação dos órgãos da União Europeia e que aos particulares têm de ser garantidos os direitos susceptíveis de serem afectados pela actuação da União. Esse princípio surge no Acórdão do Tribunal de Justiça “Os Verdes”, datado de 1986, onde se defendeu que toda a actuação dos órgãos da União Europeia estava subordinada ao Direito, o qual concretamente se referia à actuação do Parlamento Europeu no sentido da adopção de actos cuja apreciação de validade fugisse ao controlo dos Tribunais naquelas situações em que os actos produzissem efeitos jurídicos na esfera dos particulares³². A adopção deste método interpretativo implica que quer as competências da União, quer o objecto de interpretação do TJUE dependem dos fins e objectivos da União e variam em função da alteração desses fins.

Karl Engisch referindo-se quer ao método teleológico quer ao sistemático referia que são métodos de interpretação complexa, além de que eram flexíveis e pluridimensionais, e salientava que o conceito de fim é elástico e plurisignificativo³³.

Zaccaria, no contexto da importância da escolha do método tendo presente o resultado a alcançar, referia que “é evidente, por exemplo, que a preferência por uma interpretação de tipo literal, ou que antes privilegie a ratio objectiva das normas, traga relevância aos elementos axiológicos da autoridade, da certeza do direito e da ordem social, e pressupõe que o intérprete esteja

vinculado à estrutura gramatical do texto da lei, considerado como produto linguístico. Um tipo de interpretação evolutiva, ou que, de qualquer modo, valorize a intenção directiva do legislador ou do ordenamento, sublinha, pelo contrário, os valores da adequação do direito às transformações sociais e do cumprimento de uma tarefa substancial de justiça e implica aquilo que um expoente da Tubinger Schule, Phillip Heck, definiu como uma “obediência pensante”³⁴.

O elemento sistemático também tem sido adoptado pelo Tribunal, no entanto, apesar das competências dos órgãos estarem em diversas disposições, nem sempre é com base no elemento sistemático que o Tribunal resolve as divergências³⁵.

Importa referir que o Tribunal não tem deixado de recorrer a um método discursivo consistente numa argumentação sólida nas fundamentações das suas decisões, com coerência e razoabilidade, o que não tem deixado de legitimar as suas decisões. Aliás a interpretação não se concebe sem argumentos que fundamentem a decisão, como realça Guastini³⁶.

2.2 O conceito de norma

“A norma não corporiza uma ordem concreta, mas um fim de ordenação”³⁷.

Para Robert Alexy seria norma todo aquele enunciado normativo que tivesse os três operadores deonticos “obrigação, permissão e proibição”. Assim, seriam normas não só as regras mas também os princípios.

³⁴ GIUSEPPE ZACCARIA, FRANCESCO VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma Editoriale Laterza, 2004.

³⁵ Cf. Acórdão Comissão / Conselho de 30.05.1989, proc. 242/87, Col. 1989, p. 1425-1453.

³⁶ RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, pág. 327.

³⁷ Esser, apud Castanheira Neves, ob. cit. pág. 95.

³² Cf. Acórdão Os Verdes/Parlamento, proc. N.º 249/83, de 23 de Abril de 1986, Colect, 1986, p. 1339.

³³ KARL ENGLISH, *Introdução ao pensamento Jurídico*, 6.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, 141-142.

Para levar a cabo a interpretação de qualquer norma é importante ter presente os três elementos de norma: a previsão; o operador deontico e a estatuição. A previsão traduz-se no elenco das condições que podem gerar um efeito. O operador deontico pode ter apenas três conteúdos: proibição; permissão e imposição. A estatuição é a consequência jurídica.

2.2.1. As espécies de normas

Para Robert Alexy a norma é o género que integra duas espécies: as regras e os princípios. O alargamento do conceito de norma com vista a abarcar os princípios deve-se a este autor. Importa referir que Hart apesar de não se pronunciar sobre a existência de princípios falava em “padrões jurídicos variáveis” que, no seu “post scriptum” vem clarificar como sendo os princípios de Dworkin.

Passemos agora a definir as duas espécies de normas: as regras e os princípios.

2.2.2. As regras jurídicas

“Deveria tolerar-se uma margem de incerteza e, na verdade, deveria considerar-se a mesma bem vinda, no caso de muitas regras jurídicas, de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e, assim, resolvidas racionalmente...”³⁸.

Hart definia o sistema jurídico com base em regras, defendendo que a chave para a ciência do direito passa pela distinção entre regras primárias e regras secundárias, sendo as primeiras, aquelas que impõem deveres e obrigações, enquanto as

secundárias seriam aquelas que atribuem poderes³⁹. Além disso, Hart distinguia três tipos de regras secundárias; As regras de reconhecimento (rule of recognition); as regras de alteração (rules of change) e as regras de julgamento ou de adjudicação (rule of adjudication).

As regras de reconhecimento permitem determinar quais as regras que pertencem ao ordenamento, eliminando as dúvidas relativamente às normas primárias;

As regras de alteração atribuem a uma pessoa ou a várias o poder para criar novas regras primárias e eliminar as antigas, dando assim carácter dinâmico às normas;

As regras de julgamento ou de adjudicação atribuem poder aos indivíduos para tomarem decisões dotadas de autoridade relativas à questão de saber se foi violada uma regra primária⁴⁰.

Hart entendia que em face da textura aberta da linguagem humana, o direito não podia deixar de apresentar a mesma estrutura aberta, o que, principalmente nos casos difíceis, seria uma causa atributiva de poder criativo ao juiz, estando a textura no exterior do círculo relativo ao núcleo da norma.

Dworkin entende que as regras são aplicadas de modo tudo ou nada, pois em face do preenchimento da hipótese normativa, ou a norma é válida e aplica-se a consequência jurídica ou a norma é inválida.

Alexy entende que as normas são ou não preenchidas e não podem nem devem ser ponderadas, pois instituem obrigações definitivas.

Humberto Ávila entende que as regras não são aplicadas de modo de tudo ou nada, pois podem existir “razões substanciais” devidamente fundamentadas que sejam superiores às das

³⁸ HERBERT HART, O Conceito de Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Edição, 1994, pág. 313.

³⁹ HERBERT HART, O Conceito de Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Edição, 1994, pág. 91.

⁴⁰ HERBERT HART, O Conceito de Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Edição, 1994, pág. 107.

próprias regras que podem implicar a sua fundamentação, além de que a vagueza é um elemento comum às regras e aos princípios e só a sua aplicação concreta irá determinar se a norma é aplicada ou não do modo tudo ou nada^{41/42}.

2.2.3. Os princípios jurídicos⁴³

Para ilustrar a importância dos princípios, a Constituição da República Portuguesa, por exemplo, atribui aos princípios um papel principal na aplicação do direito, na medida em que o juiz não deve aplicar normas “que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados” (artigo 204.º da CRP). Os princípios constitucionais traduzem os valores que a sociedade eleger, impondo-se ao legislador, aos Tribunais, à administração e aos particulares, vinculando-os a uma interpretação do Direito em conformidade com os valores subjacentes aos princípios.

A palavra princípio expressa a ideia de início ou começo, além de que, exprime a ideia de importante ou principal. Gaio referindo-se ao

princípio referia no Digesto que “princípio é a parte mais importante de qualquer coisa” (Digesto, I, 2, 1).

Para Gomes Canotilho o processo que levou a qualificação dos princípios como normas passou por três fases distintas:

A fase jusnaturalista, em que os princípios traduzem um ideal de justiça, são normas universais, são princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal. Além disso são um conjunto de verdades objectivas derivadas da lei divina e humana;

“A fase juspositivista, em que os princípios têm uma função subsidiária na interpretação dos textos legais, funcionando como “válvulas de segurança” que garantem o Reinado absoluto da lei. Têm uma função de integrar as lacunas, apesar de derivarem da Lei.

A fase pós positivista, os princípios passam a ser o vértice do ordenamento jurídico e funcionam como padrões de toda a ordem jurídica⁴⁴.”

Segundo Canaris, os princípios definem-se pelo facto de: não valerem sem excepção e podem estar em contradição entre si, considerando-se válida e eficaz a decisão cujo julgador considerou afastar um princípio no caso concreto; Os princípios ganham coerência lógica quando confrontados com outros com vista à optar ou não pela sua aplicação no caso concreto⁴⁵; os princípios necessitam, previamente a serem aplicados, de uma concretização através de sub princípios e de valores, com conteúdo material específico e, portanto, não podem ser aplicados sem serem previamente normativizados.

⁴¹ HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, cit., pág. 46 e 47.

⁴² J.GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2000, 4.ª Edição, pág. 1215. Para este autor A regra jurídica traduz-se num padrão de comportamento, um guia social cujo cumprimento viabiliza a vida em sociedade. A regra jurídica é uma norma “que, verificados determinados pressupostos, exige, proíbe ou permite algo em termos definitivos, sem qualquer excepção (direito definitivo).

⁴³ Habermas encontra quatro diferenças entre normas jurídicas e valores (normas morais):

1. As normas jurídicas têm um significado deontológico, pois fazem referência a um agir obrigatório; por sua vez, as normas morais têm um significado teleológico, pois fazem referência a um agir orientado para determinados fins;

2. As normas jurídicas assentam num código binário de validade ou invalidade, pois ou são obrigatórias ou não; enquanto as normas morais possuem um código de graduação em que reflectem preferência por determinados valores que podem ser ponderados entre si;

3. As normas jurídicas são universalmente válidas e geram expectativas de comportamento generalizadas, ao passo que, as normas morais traduzem em preferências orientadas para fins específicos e, por isso, há uma obrigatoriedade relativa;

4. As normas jurídicas devem possuir uma coerência com vista a não se contradizerem mutuamente num sistema aplicável ao mesmo universo de destinatários, cf. JURGEN HABERMAS, Direito e Democracia, entre facticidade e validade, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

⁴⁴ J.J.GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2000, 4.ª Edição, pág. 1215. Os princípios jurídicos são normas “que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível” fáctica ou jurídica.”

⁴⁵ CLAUS WILHELM CANARIS, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Edição, 1996, pág. 88.

O desenvolvimento recente da teoria dos princípios deve-se a Ronald Dworkin, colocando-os como elementos fundamentais na interpretação e aplicação do direito. Para ele os princípios não têm uma mera função subsidiária, mas são determinantes para encontrar a única resposta correcta para os casos difíceis.

Esta é uma teoria que tem sobretudo sido tratada no seio da cultura jurídica anglo-americana e norte da Europa, pois sendo o direito anglo-americano baseado no *case-law* e não no direito legislado, como acontece no direito continental, a diferenciação entre normas princípio e normas regra assume uma maior importância⁴⁶.

Apesar de Alf Ross e Hart terem aflorado o tema das regras e dos princípios, é Dworkin e Alexy que vão tratar e desenvolver a distinção entre regras e princípios⁴⁷. Recentemente Humberto Ávila tem estudado com muita profundidade estas matérias.

A posição de Dworkin é influenciada pelos estudos de Hart. Para este, numa primeira fase, só existiam regras desde que fossem obrigatórias, mas não são sempre exactas e, portanto, perante um “hard case” (caso difícil), onde existem “zonas de penumbra”, “espaços vagos” em que existem dúvidas sobre uma situação que não está inteiramente coberta por uma regra jurídica, o juiz decide com discricionariedade e a sua decisão dentro desse espaço de discricionariedade está sempre certa⁴⁸.

Na mesma linha de raciocínio, Dworkin vem referir que essa situação se enquadra numa questão de interpretação e, além disso, para ele não

existem só regras mas também princípios gerais de direito, nomeadamente, princípios da justiça, “fairness” (equidade) e Estado de Direito, que são juridicamente vinculativos para os poderes do Estado. Dworkin constata que Hart não teve em conta a aplicação dos princípios por parte dos juizes na sua aplicação quotidiana do direito. Esta vinculatividade dos princípios contradiz as posições dos positivistas, concretamente o seu conceito de direito, que assentava na separação entre Direito e Moral. Para ele o critério distintivo entre normas e princípios assenta no facto de as regras terem uma função de tudo-ou-nada enquanto nos princípios verifica-se uma dimensão de peso e no significado. Assim, segundo ele, o juiz na interpretação dos “hard cases” deve recorrer aos princípios. Para Dworkin a cada caso concreto corresponde apenas uma decisão correcta, apesar das dificuldades que daí resultam para o juiz, que deve ser entendido como super juiz, como sendo “Hércules”, que leva a cabo a tarefa de construir um conjunto de “princípios, abstractos e concretos, que fornecem uma justificação coerente e racional para todos os precedentes judiciais”^{49 50 51}. Como vimos, para Hart, o aplicador em face de um vazio legal deve discricionariamente criar a própria norma. Esta posição destes dois autores vai ser retomada

⁴⁹ CRISTINA QUEIROZ; A Interpretação Constitucional e Poder Judicial, Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 87.

⁵⁰ Outro dos autores que tem desenvolvido a teoria dos princípios, tem sido Karl Larenz, que entende que é possível alcançar o “direito correcto” como recurso aos princípios da boa fé, *pact sunt servanda*, princípio da culpa, princípio do tratamento igual e princípio da proporcionalidade, entre outros, Cf. KAUFMANN e W: HASSEMER, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 159.

⁵¹ Para DAVID DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa A Teoria da Norma e a Criação de Normas de decisão na discricionariedade administrativa, Almedina, Coimbra, 2006, Os princípios e as regras”...reportam-se a diferentes formas de regulação jurídica, pois as normas princípio e as normas regras identificam deferentemente a realidade sobre a qual se projectam, resultando daí uma determinação do direito aplicável particularmente alargada permite que este realizem, relativamente ao próprio conjunto normativo, tarefas de organização, de identificação e de consistência que as regras, em virtude da sua especificidade normativa, não podem efectuar...”. Segundo o mesmo a diferença entre regras e princípios assenta essencialmente em dois critérios: grau de indeterminação e diferença qualitativa nas formas de aplicação.

⁴⁶ Cf. KAUFMANN e W: HASSEMER, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 156.

⁴⁷ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, O que é o positivismo jurídico: as suas teses e as consequências delas (paper), pág. 1

⁴⁸ Cf. KAUFMANN e W: HASSEMER, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 157.

quando analisarmos a evolução jurisprudencial da actividade do juiz da União Europeia.

Um dos autores que tem desenvolvido a sua teoria do Direito baseada sobre princípios tem sido Robert Alexy. Para ele, os princípios são mandados de optimização enquanto as regras funcionam num sistema sim/não. Enquanto o Direito tem em vista o “dever ser” a regulamentação da realidade tem subjacente a ideia de correcção. O Direito deve ter a pretensão de correcção e, por isso, nos casos difíceis, o juiz tem de recorrer aos princípios que são um meio-termo entre direito e moral (moral correcta, justiça), o que seria impensável para o pensamento positivista.

Importa referir neste contexto um investigador de referência nesta matéria, Humberto Ávila, segundo o qual “Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adopção de comportamentos necessários à realização do fim são consequências normativas importantíssimas. Ademais, apesar de os princípios não possuírem carácter frontalmente descritivo do comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstracto, indicar as espécies de comportamentos a serem adoptados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes.”⁵²

Para Humberto Ávila “...os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, directamente, qual é o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adoptar os comportamentos necessários para a sua promoção. Adopta-se um comportamento porque os seus efeitos contribuem para promover um fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram,

para a argumentação, razões substanciais (substantive reasons) ou razões finalísticas (goal reasons)”⁵³, nas regras é a própria regra que funciona como razão para determinado comportamento, adopta-se o comportamento, porque independentemente dos efeitos decorrentes entende-se que é o correcto. E, por isso, estamos perante normas onde há uma argumentação onde imperam razões de correcção ou razões de autoridade. Além de que entende que, quer nos princípios quer nas normas há lugar a ponderação e que a diferença entre normas e princípios acaba por depender do “modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa.”⁵⁴.

O que se pretende nesta secção é dar uma ideia geral da noção de norma e das suas espécies, e focar a ideia de que são duas formas distintas de regulação jurídica, que descrevem a realidade a aplicar diferentemente o que tem consequências ao nível da determinação do direito aplicável, tendo os princípios potencialidades no que se refere à ordenação e à organização que as regras não possuem, o que diferencia, também as tarefas do intérprete e aplicador do Direito quando tem de recorrer a uma realidade ou a outra⁵⁵. Esta viagem ao mundo dos conceitos de interpretação e de normas tem a função de enquadrar a secção seguinte que vai tratar do processo interpretativo de criação de normas por parte do TJUE.

⁵² HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pág. 43.

⁵³ HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, pág. 48 e 49.

⁵⁴ HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, pág. 49.

⁵⁵ DAVID DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade administrativa, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 128.

2. 4. O Tribunal de Justiça e a Criação de Normas

*“ ...os factos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o Direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objecto legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o Direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça.”*⁵⁶

Actualmente as diferenças entre os sistemas da Common Law e Civil Law são cada vez mais ténues. Os sistemas integrados no direito Common Law são sistemas mistos legislados. Além disso, nos tribunais Constitucionais da Civil Law há hoje uma grande actividade no sentido da criação jurisprudencial.

Importa dizer que num primeiro momento o TJ, principalmente com recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial, deu fortes impulsos no sentido de criação do direito, adoptando uma postura de juiz integrado na Civil Law (dedutivo), com um pensamento silogístico, cartesiano, pois a interpretação e aplicação do direito resultava de uma fundamentação baseada no raciocínio de que estava a aplicar o direito previamente criado, apesar de se constatar que o juiz na sua actividade supostamente dedutiva ia, de facto, muito para além da lei. Actualmente a fundamentação do TJUE está mais próxima do direito da Common law do que da Civil Law, na medida em que nessa fundamentação recorre à retórica interpretativa⁵⁷.

⁵⁶ CHAIM PERELMAN, *Lógica Jurídica*, Lisboa, Instituto Piaget, 1999, pág. 95

⁵⁷ Cf. NUNO PIÇARRA, e FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, paper 18, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

2.4. 1. A Competência do Tribunal nos Tratados Fundadores

Em 25 de Março de 1957, em Roma, foram assinados dois tratados, um criando a Comunidade Económica Europeia (CEE) e outro a Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEA) ou Euratom, entrando em vigor em Janeiro de 1958, os quais, juntamente com o Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, assinado em 18 de Abril de 1951, permitiram a existência de três comunidades (Organizações Internacionais) que desenvolverão no futuro o processo de Integração Europeia.

A integração Europeia foi inicialmente interpretada pelo Tribunal à luz do Plano Schuman, segundo o qual as comunidades iriam evoluir de forma gradual, o que se traduziu, quer na enunciação de fins e objectivos gerais, quer na incompletude das normas, quer na criação de muitas normas de conteúdo programático, quer em normas vagas e de textura aberta quer na existência de lacunas e quer na utilização de conceitos indeterminados. Foram estes os principais factores, aliados à consequente criação de princípios pelo TJ que determinaram o grande protagonismo que o TJUE tem tido ao longo deste meio século⁵⁸. Além disso, importa referir que essa criação jurisprudencial foi em regra suscitada pelos Tribunais Nacionais ao suscitarem questões de natureza prejudicial ao Tribunal de Justiça⁵⁹. Seguidamente vamos tratar dos vários factores que determinam uma ampla liberdade na interpretação e aplicação do Direito da União.

⁵⁸ Neste sentido, cf. ORESTE POLLICINO, *Legal Reasoning of the European Court of Justice in the context of the Equality between Judicial Activism and Self-restraint*, *German Law Journal*, vol. 5, n. ° 3, 2004.

⁵⁹ INÊS QUADROS, *A Natureza Objectiva da Competência prejudicial do Tribunal de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 43.

Quanto à enunciação de fins e objectivos muito gerais, o artigo 2.º do TCE referia que “A Comunidade tem como missão promover pelo estabelecimento do mercado Comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos estados-membros, um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no seio da comunidade...” norma que atribui aos órgãos da União uma ampla liberdade no exercício das suas competências e uma ampla liberdade ao Tribunal na fiscalização dos atos dos referidos órgãos da comunidade.

Quanto à incompletude das normas isso deveu-se ao facto de no primeiro tempo as normas comunitárias serem aprovadas por consenso o que se traduziu na criação de normas programáticas e de textura aberta⁶⁰. Também nos direitos internos dos Estados há muito tempo que se afastou o “dogma da plenitude e ausência das lacunas na ordem jurídica” pois não se pode pôr em causa a proibição de denegação da justiça e o consequente poder do juiz de preencher essas lacunas^{61/62}. O próprio Hart admitia a incompletude das normas e entendia que naqueles casos, limitados, a decisão seria proferida pelo poder discricionário do juiz.

Quanto à existência de normas programáticas, as mesmas dado que foram criadas com vista à obtenção de determinados fins, fomentaram uma interpretação teleológica por parte do TJ.

Quanto a normas de textura aberta, importa referir, que as mesmas também incentivaram uma liberdade criativa na interpretação do direito. Neste contexto deve salientar-se a posição de Hart, embora possa ser qualificado como um defensor do positivismo, que no seu “Post Scriptum”

defendia que as regras e os princípios têm por vezes textura aberta na medida em que o direito é parcialmente indeterminado e incompleto, pois não fornece qualquer resposta e, por isso, defendia que, nestes casos, os tribunais devem “exercer a função restrita de criação de direito...” que designava como poder discricionário⁶³; embora esta liberdade de criação do juiz fosse limitada, não deixava de reconhecer a licitude do juiz ao recorrer a valorações morais quando as normas estão enformadas de critérios de natureza moral⁶⁴.

Quanto à utilização de conceitos indeterminados em normas de competência o Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Económica Europeia é um Tratado de textura aberta com muitos conceitos indeterminados o que impulsionou uma atividade jurisdicional criadora. A título de exemplo, “encargo de efeito equivalente”, nos artigos 9.º e 12.º, “medida de efeito equivalente”, no artigo 30.º, “ordem pública”, “segurança pública”, “moral pública” nos artigos 36.º, 48.º e 56.º, etc.

Quanto à integração de lacunas, sempre se reconheceu que o ordenamento comunitário era um ordenamento lacunar⁶⁵. Em certos momentos da história da União Europeia as decisões do Tribunal pendiam ou para o reconhecimento lacunar do Direito da União Europeia ou para a defesa de determinados princípios, concretamente o princípio do primado no que se refere a direitos fundamentais. A este respeito, Cunha Rodrigues refere que “O Tribunal de Justiça fora colocado numa situação verdadeiramente dilemática. Reconhecer a situação lacunar do direito comunitário na matéria abrindo a porta à coexistência funcional da ordem jurídica comunitária com outras ordens jurídicas, internacionais ou internas, ou reiterar o primado e

⁶⁰ Neste sentido, cf. ORESTE POLLICINO, *Legal Reasoning of the European Court of Justice in the context of the Equality between Judicial Activism and Self-restraint*, *German Law Journal*, vol. 5, n.º 3, 2004.

⁶¹ ARTHUR, KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 83.

⁶² No caso português, confrontar artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil onde se refere que “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

⁶³ HART, *Teoria do Direito*, cit. pág. 314.

⁶⁴ HART, *Teoria do Direito*, cit. pág. 312.

⁶⁵ JOSÉ NARCISO CUNHA RODRIGUES, *Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: um discurso do método*, Coimbra, Coimbra Editora, Revista Julgar (Especial), Set.- Dez. 2008, Págs. 21-40.

declarar formalmente a existência de uma ordem comunitária de protecção dos direitos fundamentais. Optou por esta via. Foi o embrião de um poderoso ordenamento de protecção de direitos fundamentais que contagiou todos os domínios do direito comunitário, integrou o acervo de direitos previstos por instrumentos internacionais, como a convenção Europeia dos Direitos do Homem, e culminou com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.”⁶⁶.

Para Hart, o direito apresenta-se parcialmente indeterminado e incompleto e nessas situações em que o direito não responde à situação jurídica o juiz deve, em face da inexistência de regulamentação, exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso concreto⁶⁷. Para Dworkin caberá ao intérprete em face de uma lacuna o recurso à analogia e a integração da lacuna é realizada em coerência com os princípios subjacentes ao direito existente⁶⁸. Importa frisar que até ao Tratado da União não existia nenhuma norma nos Tratados que fundamentasse as competências das Comunidades nem um artigo a consagrar o primado do direito comunitário⁶⁹ sobre o direito nacional contrário.

2.4.2. A competência de atribuição⁷⁰

O Artigo 164.º do Tratado de Roma estatuiu que “O Tribunal de Justiça garante o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado”, no entanto, a função do Tribunal estava limitada pelos limites das atribuições que lhe estavam conferidas pelo Tratado, como decorria do

⁶⁶ CUNHA RODRIGUES, *Justiça Comunitária e qualidade da Justiça...*, ob. Cit. pág. 31

⁶⁷ HART, *Teoria do Direito*, cit. pág. 337.

⁶⁸ HART, *Teoria do Direito*, cit. pág. 337.

⁶⁹ VLAD CONSTANTINESCO, *Breves Apontamentos sobre a Repartição das Competências*, in DIEGO J.LINÁN NOGUERAS (Dir.), *La Reforma de La Delimitación Competencial en La Futura Unión Europea*, Granada, Universidade de Granada, 2003, pág. 15.

⁷⁰ A consagração da União Europeia como entidade com personalidade jurídica própria dá sentido à utilização da expressão “atribuição”, ao contrário do que acontecia anteriormente à entrada do Tratado de Lisboa.

artigo 4.º, n.º1 do Tratado de Roma, sendo esta situação qualificada como competência por atribuição. Importa referir, em primeiro lugar, que naquele artigo 164.º, atrás citado, não se fazia menção a tratado ou a legalidade comunitária, o que se dizia é que o legislador comunitário deveria garantir o direito. Em segundo lugar, a doutrina defendia que a interpretação mencionada naquele artigo era essencialmente uma interpretação teleológica. Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa continua a vigorar uma norma com os mesmos dizeres do artigo 164.º (artigo 19.º, n.1, do TUE), bem como a defesa do princípio da atribuição de competências (artigo 5.º do TUE).

A redacção anterior do actual artigo 5.º do TUE consagrava o princípio da competência por atribuição, o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade, artigo este que tinha de ser articulado com as “múltiplas bases jurídicas”⁷¹ dispersas nos Tratados, o que criava dificuldades na determinação da competência da União, agravado pelo facto de não existir um catálogo de competências, o que só aconteceu com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (artigo 3.º a 6.º do TFUE).

Com o Tratado da União (1992) a questão das delimitações das competências torna-se uma questão central, o que levou à consagração expressa quer do princípio de competência de atribuição (Artigo 5.º do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia - TCE) quer do princípio da subsidiariedade (artigo 5.º, n.º 2, do TCE). Com estas duas alterações fixou-se as competências não exclusivas da União e, ao contrário, as competências exclusivas, sem a existência de uma tipificação dessas competências. Anteriormente já constava dos textos dos Tratados, pelo menos, implicitamente⁷².

⁷¹ JAVIER DíEZ HOCHLEITNER, in DIEGO J.LINÁN NOGUERAS (Dir.), *La Reforma de La Delimitación Competencial en La Futura Unión Europea*, Granada, Universidade de Granada, 2003, pág. 32.

⁷² Cf. artigo 3.º do Tratado CEE onde se referia “alcançar os fins enunciados (...) nos termos do disposto e segundo o calendário

O sentido principal do princípio da atribuição é o de limitar a actuação da União aos fins e aos poderes que lhe foram conferidos pelos Tratados e, portanto, trata-se de uma manifestação do princípio da legalidade e de uma Comunidade de Direito⁷³. A consagração do princípio da atribuição é consequência do princípio da especialidade dos fins e objectivos plasmados nos Tratados. Um dos corolários do princípio da competência de atribuição é “o equilíbrio institucional que comanda a repartição horizontal de poderes”⁷⁴.

O objectivo dos Estados-membros com a consagração daquele princípio era limitar a actuação da União e sublinhar que a regra é a competência nacional e a excepção a competência da União⁷⁵, isto se traduzindo numa reacção contra o alargamento dos Estados em desfavor dos Estados e numa “directriz de interpretação” dirigida ao TJ⁷⁶.

O artigo 5.º do TUE define-se pelo princípio de atribuição de competências expresso e define as competências em exclusivas e não exclusivas.

Mas a questão da necessidade de delimitar as competências vai continuar em discussão na reforma dos Tratados. A este respeito menciona-se a declaração n.º 23 ao Tratado de Nice onde se refere “A forma de estabelecer e supervisionar uma delimitação mais precisa das competências entre a União Europeia e os Estados membros, que respeite o princípio da subsidiariedade”. Esta

declaração n.º 23 foi motivada pelos pedidos formulados pelos Lander Alemães⁷⁷.

Em face da consagração do princípio da competência por atribuição, o TJUE tem uma competência muito vasta, passando pela fiscalização dos actos dos órgãos da União e dos próprios Estados-Membros.

Atualmente, tendo presente o artigo 19.º, n.º 1, do TUE “O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados.” Um ponto importante no que se refere às funções do Tribunal de Justiça é o facto de que, desde muito cedo, se entendeu o Tribunal de Justiça como um órgão que exerce o direito de interpretar e aplicar princípios em face das necessidades e fins do Projecto europeu e numa lógica de um “sistema completo e eficaz de tutela jurisdicional da legalidade”⁷⁸. No entanto, pode afirmar-se que o TJUE exerce competências como se de um Tribunal Constitucional se tratasse quando interpreta ou aprecia a validade de uma disposição de direito da União Europeia em confronto com os Tratados em sede de reenvio prejudicial, ou quando fiscaliza a validade dos atos legislativos do Conselho, do Parlamento e da Comissão, na sequência de requerimento de qualquer um desses órgãos ou dos Estados membros ao abrigo do artigo 263.º do TFUE. Podemos estabelecer que este controlo da constitucionalidade não decorre, tal como acontece no direito norte-americano, dos Tratados (ou da Constituição) mas sim da actividade jurisprudencial, podendo mesmo afirmar-se que o acórdão “Van Gen en Loes” esteve para o Direito da União Europeia, como o Acórdão “Madison” esteve para o Direito Norte-Americano. Aliás o próprio TJUE tem qualificado os Tratados das Comunidades e da União como “a carta

previsto no presente Tratado”. Apud MARIA LUÍSA DUARTE, Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex, 1997, p. 213.

⁷³ MARIA LUÍSA DUARTE, Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex, 1997, p. 213.

⁷⁴ MARIA LUÍSA DUARTE, Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex, 1997, p. 213.

⁷⁵ Cf Boletim CE, 10/92, anexo I.1 e Boletim CE 12/92, Anexo 1 à parte A.

⁷⁶ MARIA LUÍSA DUARTE, Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex, 1997, p. 220.

⁷⁷ VLAD CONSTANTINESCO, Breves Apontamentos sobre a Repartição das Competências, in DIEGO J.LINÁN NOGUERAS (Dir.), La Reforma de La Delimitación Competencial en La Futura Unión Europea, Granada, Universidade de Granada, 2003, pág. 21.

⁷⁸ MARIA LUÍSA DUARTE, Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 38.

constitucional de base de uma Comunidade de Direito⁷⁹, ideia que tem sido defendida por Peter Haberle ao referir que o TUE e o TFUE “são em grande parte uma constituição ou, para dizê-lo com mais precisão, uma Constituição Parcial”.⁸⁰ Importa referir que o TJUE tem jurisdição obrigatória e competência exclusiva e o Tribunal está obrigado a pronunciar-se sobre todos os litígios que lhe são apresentados⁸¹.

Uma das consequências da consagração do princípio da competência de atribuição é a de que a UE não tem a “Competência das Competências” (Kompetenz-Kompetenz). Esta competência pertence aos Estados-membros e foram estes pela sua vontade soberana que determinaram a criação das comunidades e da União Europeia.

Mas, mesmo que se entenda que o TJUE não derroga este princípio no exercício da sua competência, um coisa é certa: o TJUE delimitou e delimita o âmbito da sua jurisdição e o fundamento deste poder está no próprio Tratado ao referir que o TJUE “garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados”⁸².

Alguns autores têm defendido que o facto de o TJUE ter o poder para delimitar a sua própria competência não derroga o princípio da competência de atribuição.

Maria Luísa Duarte entende que não derroga com base em dois argumentos: Em primeiro lugar, e seguindo Miguel Galvão Teles⁸³, entende que se trata de “uma prerrogativa inerente à função

jurisdicional, especialmente aquela que se exerce sob a forma de interpretação e garantia de um tratado institutivo ou de uma constituição”; em segundo lugar, os órgãos da União exercem a sua competência em conformidade com as competências que lhes são conferidas pelos Tratados, de acordo com as finalidades que lhes estabelecem, como decorre do actual n.º 13.º, n.º 2, do TUE e, por sua vez, o artigo 19.º n.º 1 do mesmo Tratado refere que o TJUE “...garante o respeito na interpretação e aplicação dos Tratados” no âmbito circunscrito aos meios processuais previstos nos artigos 251.º e seguintes do TUE. E dentro deste âmbito, defende a autora, “o TJ determina autonomamente os limites do seu poder de cognição e fiscalização, privilégio de que não gozam os restantes órgãos comunitários, cuja acção e omissão é objecto de controle da legalidade”. No exercício da sua actividade o Tribunal tem limitado os seus poderes numa situação e fomentado a extensão dos seus poderes⁸⁴.

Concordo com a posição de Maria Luísa Duarte, subscrevo os seus argumentos e acrescento outro, que é o seguinte: muitas das posições do TJUE são baseadas em princípios, como seja o Princípio da uniformidade na aplicação do Direito da União Europeia, o Princípio (direito) da tutela jurisdicional efetiva, e, portanto, estamos, em última análise, numa situação de colisão de princípios que é resolvida pela aplicação doutros princípios, em prejuízo do princípio da competência de atribuição, mas sem prejuízo da existência do princípio estruturante da competência de atribuição.

2.3.3. A criação de princípios

“Meio século de trabalho jurisprudencial permitiu desencantar um vasto conjunto de princípios de que destacaria os da igualdade, da

⁷⁹ Cf. Acórdão Os Verdes/Parlamento, proc. n.º 249/83, de 23 de Abril de 1986, Colect. 1986, p. 1339 e Acórdão Comissão/Bélgica proc. 15/00, de 10 de julho de 2003, Colect. 2003, p. I-7281, n.º 75.

⁸⁰ PETER HABERLE, El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007, in Revista de Derecho Constitucional Europeo, n.º 9, 2008, p. 13.

⁸¹ FAUSTO DE QUADROS E ANA MARIA GUERRA MARTINS, Contencioso Comunitário, Coimbra, Almedina, 2005, p. 53.

⁸² Art. 19.º TUE.

⁸³ MIGUEL GALVÃO TELES, “A Competência da competência do Tribunal Constitucional”, in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Coimbra Editora, 1995, págs. 112 e seguintes.

⁸⁴ MARIA LUÍSA DUARTE, Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p.220.

*irretroatividade da normas penais, da segurança jurídica, da confiança legítima, da proporcionalidade, da efetividade, da equivalência, da proporcionalidade, do efeito útil, da tutela jurisdicional efectiva, do processo justo, da precaução ou da cooperação leal. Nuns casos, estes princípios apresentam-se com a estrutura e o conteúdo que tinham nas disciplinas jurídicas de origem, noutros foram reconformados segundo as exigências e as finalidades do direito comunitário. Estes princípios permitem modular a jurisprudência em harmonia com o pensamento normativo mas com nuances que, com alguma frequência, são a chave da justiça do caso concreto*⁸⁵.

O Tribunal de Justiça principalmente em sede de reenvio prejudicial e tendo presente a liberdade interpretativa decorrente dos factos enunciados nas secções anteriores, tornou-se um criador de normas. Sendo os princípios uma espécie de normas, o Tribunal de Justiça criou, de facto, muitas normas, muitas das quais estruturantes no que se refere ao sistema de relações entre direito interno e Direito da União Europeia. No entanto, nem sempre esta criatividade ou este ativismo judiciário ficaram isentos de crítica⁸⁶.

Importa ter presente os efeitos decorrentes dos acórdãos interpretativos em sede de reenvio prejudicial que têm em vista fundamentalmente a uniformização do Direito da União e, por isso, os acórdãos interpretativos têm eficácia retroactiva, ou seja, o acto de interpretação integra-se no acto interpretado. No entanto, por vezes, o TJUE por razões de segurança jurídica ou de confiança legítima pode não atribuir efeitos retroativos ao

acórdão, tal como defendeu no Acórdão Defrenne II⁸⁷.

Seguidamente, procederemos à enunciação dos princípios.

2.4. Os Princípios e o Desenvolvimento da União Europeia

“...os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, directamente, qual é o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adoptar os comportamentos necessários para a sua promoção. Adopta-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover um fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (substantive reasons) ou razões finalísticas (goal reasons)”⁸⁸.

As sociedades globalizadas, pluralistas e a multiculturalidade do presente exigem normas princípio que façam sentido para todos independentemente da sua cultura ou ideologia e que garantam ao sistema jurídico a materialidade ou substância necessárias ao seu regular funcionamento e desenvolvimento⁸⁹. Aliás, o recurso a princípios é uma prática das jurisdições

⁸⁵ CUNHA RODRIGUES, *Justiça Comunitária...*, p. 36.

⁸⁶ Hjalte Rasmussen, *Between self-restraint and activism: a judicial policy for the European Court*, in *European Law Review*, 1988, 13, 28-29 e 38 defende uma limitação desta criativa actividade jurisdicional.

⁸⁷ Acórdão 8/4/76, proc. n.º 43/75, Rec., págs. 455 e seguintes. Noutro Acórdão “Solumi”, de 27-3-80, proc. 66, 127 e 128/79, Rec. Págs. I, 237 e seguintes, defendeu-se que “é apenas a título excepcional que o TJ poderá, por aplicação de um princípio geral de segurança jurídica, inerente à ordem jurídica comunitária, levando em conta as perturbações graves que o seu acórdão poderá causar para o passado, nas relações estabelecidas de boa-fé, ser conduzido a limitar a possibilidade de qualquer interessado invocar as disposições assim interpretadas de forma a pôr em causa as relações jurídicas”.

⁸⁸ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, pág. 48 e 49.

⁸⁹ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992 e *El Derecho Constitucional del Pluralismo*, in *Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 11, 1999.

dos Tribunais Superiores dos Estados-membros da União Europeia e do TJUE⁹⁰.

Como vimos o Juiz da União ao interpretar os textos dos Tratados, ao decodificar o texto e ao passar do texto à norma, acaba por criar uma norma diferente daquele norma que decorria de uma simples operação matemática. Aliás, o que se tem verificado é que nesse processo criativo de interpretação e de aplicação do direito, o juiz acaba por criar uma norma que não constava do texto da norma. Sobre este processo de criação a que os autores chamam de Jurisprudência Principlista do Tribunal de Justiça⁹¹ Gomes Canotilho refere a seguinte frase: “diz-me se um tribunal aplica princípios e eu digo-te que tipo de justiça ele faz” na medida em que entende que os princípios são um instrumento essencial para fundamentar as decisões.

A interpretação do Tribunal de Justiça foi essencialmente uma interpretação teleológica. Para Coing “a interpretação jurídica, como interpretação aplicada, é sempre teleológica” e “As proposições jurídicas devem ser sempre interpretadas tendo em vista a sua prática tarefa ética; elas não podem ser interpretadas abstraindo desta tarefa, e na ponderação dos possíveis resultados de interpretação e dos critérios da interpretação o jurista não pode deixar de atender a esse objectivo”⁹².

Apesar de dos Tratados decorrer que o TJUE não interpreta direito nacional nem aprecia a validade das normas nacionais e de o mecanismo do reenvio prejudicial não ter por objecto o direito nacional, em última linha, acaba por funcionar como “uma espécie de recurso para apreciar a

compatibilidade do direito nacional com o Direito da União Europeia”⁹³.

Os princípios como motor do desenvolvimento do Direito da União Europeia e fomentadores do ativismo judiciário europeu assentam na criação jurisprudencial que leva a criação de regimes e de normas⁹⁴, tendo o Tribunal de Justiça optado pela afirmação do primado do Direito da União em relação aos direitos nacionais e pela declaração da autonomia do Direito da ordem jurídica comunitária⁹⁵.

A autonomização do Direito da União Europeia deve-se quer ao conteúdo dos Tratados, quer à Jurisprudência do Tribunal de Justiça. E este Direito, como veremos com mais pormenor, assenta na especificidade de certos princípios estruturantes.

Para ilustrar toda a atividade do Tribunal na criação de normas vamos proceder a uma análise sintética dos mais importantes princípios jurisprudenciais realçando a sua relevância no quadro do Direito da União Europeia, designadamente: princípio do primado, princípio da aplicabilidade direta, princípio do efeito direto, princípio da uniformização na aplicação do Direito da União, princípio da cooperação leal, princípio da lealdade Europeia, princípio da tutela jurisdicional efetiva, princípio da responsabilidade civil por violação do Direito da União Europeia, princípio da precaução, princípio da interpretação, conforme ou compatível com Direito Comunitário.

Quanto ao Princípio do Primado importa referir que o problema do primado (ou da prevalência) do Direito da União Europeia traduz-se em saber, nas relações entre o Direito da União e os Direitos

⁹⁰ ALESSANDRA SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia*, Doutrina e Jurisprudência, Lisboa, Quid Juris, pág. 10.

⁹¹ J.J. GOMES CANOTILHO, *Tribunal Constitucional, Jurisprudência, Políticas Públicas*, Conferência Comemorativa do 20.º Aniversário do Tribunal Constitucional, 2003 (Policopiado), onde faz apelo a uma jurisprudência metodologicamente indutiva, que cria a solução manejando os princípios.

⁹² COING, Apud A. CASTANHEIRA NEVES, ob. cit. pág. 54 e 55.

⁹³ ALESSANDRA SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia*, Doutrina e Jurisprudência, Lisboa, Quid Juris, pág. 10.

⁹⁴ Para mais desenvolvimentos, cf ORESTE POLLICINO, *Legal Reasoning of the European Court of Justice in the Context of the Principle of Equality between Judicial Activism and Self-restraint*, in *German Law Journal*, vol. 5, n.º3, 2004

⁹⁵ JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, *Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: um discurso do método*, in *Revista Julgar*, Numero Especial, 2008, pág. 32

Nacionais dos Estados Membros, qual é o ato que prevalece quando um ato da União Europeia e um ato nacional colidem, ou seja, quando dispõem de modo diverso relativamente às mesmas matérias. Ou seja, o problema do primado apenas se coloca se existir mais de uma norma aplicável à mesma situação. A existência e a elaboração do princípio do primado devem-se à Jurisprudência do TJ, plasmada em três Acórdãos: o Costa/Enel, o Simmenthal⁹⁶ e o Factortame⁹⁷. O Âmbito do primado traduz-se no seguinte: todo o Direito da União Europeia prevalece sobre todo o Direito nacional, e o Direito da União Europeia é oponível ao direito estadual, incluindo o direito constitucional. O que se diz é que o Direito da União Europeia é supra constitucional.

No entanto, o Primado do Direito da União Europeia não é absoluto, pois, por um lado, há matérias que não cabem nas atribuições da União Europeia e, por outro, em princípio, cede em matéria de princípios fundamentais.

A sanção para a violação do primado não é a invalidade do ato estadual, mas sim a sua inaplicabilidade (ou seja, a sanção coloca-se ao nível da eficácia).

O princípio do primado refere-se ao posicionamento que o direito ocupa após a sua integração na ordem interna. A natureza do direito da União Europeia implica que o direito da União Europeia valha em face de toda e qualquer norma nacional, “independentemente da sua origem e impondo-se por igual às instâncias comunitárias e aos órgãos nacionais de aplicação do direito comunitário”⁹⁸. O Princípio do primado foi afirmado em 1964 no Acórdão Costa/Enel⁹⁹. É importante ter presente no âmbito deste trabalho

que o princípio do primado foi afirmado em sede de aplicação do artigo 267.º (ex artigo 234º).

Atualmente, com a aprovação do Tratado de Lisboa, o princípio do primado tem de ser interpretado em conformidade com o artigo 4, n.º1, e 6.º N.º1 e 2 do TUE, bem como com o artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais, numa perspetiva dinâmica e em constante diálogo cooperativo entre o TJUE e os tribunais dos Estados – membros da União e os princípios e direitos fundamentais comuns aos Estados-membros.

Quanto ao princípio da aplicabilidade direta, segundo este princípio o direito da União Europeia (norma ou acto) é susceptível de ser mediatamente aplicável nos ordenamentos nacionais e i) integra-se na ordem jurídica portuguesa sem necessidade de qualquer ato de transposição de direito interno para que ele vigore e nela se aplique ii) obrigando tribunais e tendo a susceptibilidade de ser invocado pelos particulares nos tribunais portugueses; iii) conservando a sua natureza de direito da União Europeia, beneficiando do primado do Direito da União Europeia. É um princípio essencial da ordem jurídica comunitária, na medida em que “a plena eficácia (o efeito útil) dos Tratados Comunitários exigia que os agentes económicos do mercado comum não se vissem impossibilitados de invocar (efeito directo) perante as jurisdições nacionais as disposições dos tratados e os atos normativos das Instituições comunitárias e, portanto, de fazer valer, nas suas relações recíprocas e em face dos próprios Estados, os direitos que nesses textos jurídicos pudessem fundar”¹⁰⁰. Têm aplicabilidade direta o regulamento e a decisão (artigo 288.º).

Relativamente ao Princípio do efeito directo do Direito da União Europeia aplica-se fora daquelas situações em que o ato ou a norma de Direito da União Europeia tem aplicabilidade directa, pois aqui não se coloca o problema da sua

⁹⁶ Ac. de 9-3-78, Proc. N.º 106/77, Rec. Págs. 629 e seguintes

⁹⁷ Ac. 19-6-90, Proc. C-213/89, Col. págs. I - 2433 e seguintes.

⁹⁸ (Ramos, Rui Manuel Moura.1999: 99).

⁹⁹ Acórdão de 15 de Julho de 1964, processo 6/64, Colect., p. 1141 ss.

¹⁰⁰ MOTA CAMPOS; ob.cit.,p. 342

não invocação imediata. Estão nesta situação as disposições dos Tratados, as decisões que têm como destinatários os Estados, as directivas e os acordos internacionais que obrigam a União Europeia.

O acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Acórdão "Van Gend En Loos", veio declarar que o direito originário (estava em causa o artigo 12.º do Tratado de Roma) tem aplicabilidade directa quando impõe aos Estados-membros uma obrigação precisa; incondicional e perfeitamente determinada e, portanto, cria direitos na esfera jurídica dos particulares os quais podem exigir nos tribunais dos Estados, o cumprimento desses direitos. No acórdão "Simmenthal" de 9.3.1978 o TJ veio precisar a noção de aplicabilidade directa.

Quanto à aplicabilidade directa do direito derivado, importa referir que nos termos do artigo 288.º do Tratado o regulamento "é directamente aplicável em todos os Estados-membros", estando apenas condicionando à sua publicação no JOCE e à sua entrada em vigor determinada nos termos do artigo 288.º.

As decisões têm aplicabilidade directa se conferirem direitos e obrigações a favor ou a cargo dos seus destinatários (artigo 288.º, 4.º parágrafo).

A directiva comunitária como resulta do artigo 288.º tem o Estado membro como destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e quanto aos meios.

No entanto, no Acórdão "Van Duyn", de 4 de Dezembro de 1974, o TJ veio admitir a aplicabilidade directa da directiva comunitária desde que verificadas as seguintes condições: o prazo de transposição da directiva tenha sido transposto e desde que a norma seja clara, precisa e incondicional¹⁰¹.

¹⁰¹ É importante distinguir a aplicabilidade directa vertical da aplicabilidade directa horizontal. A primeira significa que os particulares podem invocar em juízo normas de direito comunitário apenas contra o Estado. A aplicabilidade directa

Quanto ao Princípio da Uniformidade na Aplicação do Direito da União Europeia, o TJUE tem competência para o controlo da legalidade dos actos dos outros órgãos e dos Estados-membros, garantindo, com este controlo, que se produza uma aplicação uniforme do Direito da União Europeia. O Tribunal retira a sua competência dos Tratados e a sua jurisdição existe desde a entrada em vigor das Comunidades Europeias. Este princípio consubstancia-se na garantia de interpretação uniforme do Direito da União Europeia. O Reenvio prejudicial é um mecanismo criado pelos tratados que garante que quando haja dúvida sobre a interpretação a dar a uma norma comunitária ou seja suscitada a invalidade de uma norma de direito da União, o juiz nacional antes de decidir, suscite a questão junto do TJ que decidirá sobre a interpretação e a validade do Direito da União. Só assim se garante o princípio da igualdade entre os cidadãos, as empresas e os Estados.

Quanto ao princípio da cooperação leal, importa referir que o mesmo enforma as relações entre a União e os Estados Membros que está plasmado em várias áreas de atuação da União e nas relações entre tribunais.

Este princípio decorre do princípio da boa fé e do princípio "pact sunt servanda", no entanto, diferencia daqueles na medida em que é um princípio que tem como âmbito de aplicação a estrutura, a organização interna e o funcionamento da União Europeia¹⁰², e que teve a sua primeira consagração no artigo 10.º do TCE, com redação anterior ao tratado de Lisboa, onde se estatui que "

horizontal significa que os particulares podem ser invocar as normas nas relações com outros particulares. Quer os regulamentos quer as decisões têm aplicabilidade directa nos dois sentidos. A directiva apenas tem aplicabilidade directa vertical se se verificarem as condições exigíveis no Acórdão Van Duyn e nunca têm aplicabilidade directa horizontal, na medida em que as Directivas apenas impõem obrigações aos Estados, tal como resultou do Acórdão Marshall, de 26.2. 1986, o que não exclui a invocação da directiva por defesa de excepção naquelas situações em que se queiram impor ao particular uma norma comunitária contrária a essa directiva, como decorre dos acordãos Nijmann (1.2.1977) e Marleasing (13.11.90).

¹⁰² RUI TAVARES LANCEIRO, O Tratado de Lisboa e o Princípio a Cooperação Leal, in Cadernos O Direito, n.º 5, 2010,p. 287.

os Estados-membros tomam todas as medidas do presente Tratado ou resultantes de atos das instituições das Comunidades. Os Estados-membros facilitam à Comunidade o cumprimento da sua missão.”

O Princípio da cooperação leal, é desde logo dirigido aos Estados, concretamente aos seus tribunais e à Administração Pública, pois o direito e as políticas dependem da cooperação dessas entidades estaduais para alcançar os seus fins.

Além disso, o princípio da cooperação funciona como pressuposto da aplicação de outros princípios nomeadamente princípio do primado, da aplicabilidade direta, do efeito direto, do dever de interpretar o Direito Nacional em conformidade com o Direito da União, o princípio da responsabilidade civil extracontratual dos Estados membros, etc.

O princípio da cooperação leal, com o Tratado de Lisboa, passa a ter consagração expressa, no artigo 4.º, n.º, do TUE¹⁰³ onde se pode ler que “ Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados “. Importa realçar que o princípio da cooperação leal foi sistematicamente introduzido na definição das matérias relativas às relações dos Estado-membros e União, nomeadamente no que se refere a repartição de competências.

O princípio da cooperação leal tem como um dos principais objetivos a regulação dos diversos conflitos que podem surgir quer nos sistemas políticos (quer nos jurídicos), que surgem num sistema político como múltiplos níveis, como é a União, na medida em que permite a flexibilização e adequação necessárias para encontrar soluções que satisfaçam vários intervenientes.

Quanto ao princípio (ou direito) à tutela jurisdicional efetiva, importa referir que o Sistema comunitário não tinha inicialmente uma norma que garantisse e explicasse o direito à tutela jurisdicional efetiva¹⁰⁴. O TJUE reconheceu por via jurisdicional um direito à tutela jurisdicional efetiva, direito esse que passou a fazer parte do catálogo dos direitos fundamentais da União Europeia, garantindo assim a construção de um sistema de garantias processuais básicas¹⁰⁵. Na criação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, o TJUE perante “um sistema de garantias processuais básicas sem texto, nem norma legal vinculativa de referência”¹⁰⁶, adotou as garantias correspondentes a uma tradição constitucional comum sedimentada nos Estados-membros e os documentos internacionais em matéria de direitos fundamentais, nomeadamente a CEDH.

Quanto ao Princípio da Responsabilidade Civil por violação do Direito da União Europeia, importa referir que o Princípio da Responsabilidade dos Estados-membros por incumprimento de Direito Comunitário não teve a sua origem nos Tratados institutivos pois é fruto do labor jurisdicional do TJUE, nomeadamente do Acórdão “Francovich”¹⁰⁷. Este princípio integra-se no acervo comunitário e nasce da necessidade de tutelar o acesso dos particulares a uma indemnização naqueles casos em que não se podem valer do princípio do efeito direto vertical no caso de incumprimento por parte do Estado¹⁰⁸. Decorre daquele Acórdão que o princípio da

¹⁰⁴ PATRICIA FRAGOSO MARTINS, Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais Em busca de um due process of law na União Europeia, Estoril, Principia, 2007, pág 175

¹⁰⁵ PATRICIA FRAGOSO MARTINS, Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais Em busca de um due process of law na União Europeia, Estoril, Principia, 2007, pág 175

¹⁰⁶ PATRICIA FRAGOSO MARTINS, Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais Em busca de um due process of law na União Europeia, Estoril, Principia, 2007, pág 176

¹⁰⁷ Acórdão do TJUE de 19/11/1991, Francovich, processo C-6/90 e C-9/90, col.,1-5357 e seguintes.

¹⁰⁸ MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia, Coimbra, Almedina, 2009

¹⁰³ Esta Norma teve como fonte inspiradora o artigo 10.º do TCE.

responsabilidade civil extracontratual é “inerente ao sistema do tratado” e que o direito dos particulares a serem indemnizados “tem diretamente o seu fundamento no direito comunitário”¹⁰⁹. O citado acórdão dizia respeito a uma situação em que o Estado não transpõe uma diretiva e estabelecia três requisitos para aferir a responsabilidade do Estado por incumprimento: a atribuição de direitos por parte da diretiva; a possibilidade de identificação desses direitos nas disposições da diretiva; e a existência de um nexo de causalidade entre a violação da obrigação do Estado na transposição da Diretiva e o dano sofrido pelos lesados.

Outro Princípio é o Princípio da interpretação conforme ou compatível com o Direito da União, o qual impõe ao intérprete e ao aplicador dos Estados-membros o dever de interpretar as disposições nacionais conforme o Direito da União Europeia, que inicialmente foi pensado apenas para a transposição das directivas, nomeadamente o teor do terceiro parágrafo do actual artigo 288.º do TFUE. No entanto, este princípio foi adquirindo generalidade e é aplicável no sentido em que todo o direito dos Estados-membros deveria ser utilizado em conformidade com o Direito da União Europeia¹¹⁰.

2.5. O Tratado de Lisboa e os Poderes do TJUE

A carta dos Direitos fundamentais (aprovada em 7 de dezembro de 2000, em Nice), com o Tratado de Lisboa passa a ter carácter vinculativo e abarca direitos de 1.ª geração (direitos civis e políticos), direitos de 2.ª geração (direitos económicos, sociais e culturais) e de 3.ª geração (defesa dos consumidores, ambiente, etc.). Ao contrário do que acontecia com a CEDH (assinada

em Roma, a 4 de novembro de 1950) que só tratava dos direitos de primeira geração.

O Tribunal de Justiça da União vê alargadas as suas competências com vista a garantir a boa aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais, pois esta passa a ter o mesmo valor jurídico que os tratados (artigo 6.º do TUE). A Carta passa a ser direito originário. O TJUE em matéria de direitos fundamentais, passa a ter em conta, na interpretação e aplicação do Direito quer a Carta, quer a Convenção dos Direitos do Homem, quer o Direito internacional, quer as tradições constitucionais, não já como princípios gerais do direito comunitário como referia a redação anterior ao tratado de Lisboa, do artigo 6.º, n.º 2 do TUE, mas sim como direito escrito da União (como decorre também do preâmbulo 5.º da Carta). Além de que nessa interpretação e aplicação do direito deve ser aplicada a norma que melhor defender, em concreto, o direito fundamental em causa. A Carta dos Direitos Fundamentais não é vinculativa nem para o Reino Unido nem para a Polónia, nem para a República Checa.

O Tratado de Lisboa, apesar de ter aumentado a competência do TJUE, veio limitar a liberdade interpretativa do TJ, limitando os poderes do TJ, na sequência das críticas que foram apresentadas à sua atividade ao longo dos tempos, em especial no processo de discussão e de aprovação do Tratado Constitucional. Esta limitação da atividade interpretativa do TJUE manifesta-se quer numa formulação mais explícita da tipificação das atribuições e competências da União e dos seus órgãos, quer no fim do acervo comunitário, quer nas limitações em sede de poderes implícitos ou de extensão da competência, quer nas declarações 17 e 18 relativas às disposições anexas ao tratado de Lisboa, quer na irreversibilidade e na imperatividade dos compromissos assumidos pelos Estado-membros.

O TJUE como garante da legalidade do Direito da União e da uniformidade da sua afirmação tem

¹⁰⁹ Acórdão do TJUE de 19/11/1991, Francovich, processo C-6/90 e C-9/90, col.,1-5357 e seguintes.

¹¹⁰ ALESSANDRA SILVEIRA, Princípios da União Europeia, Lisboa, Quid Juris, 2009, pág. 128.

criado normas, nomeadamente princípios que acabam por ter a sua consagração em letra dos Tratados e noutros diplomas, nomeadamente a Carta dos Direitos Fundamentais.

O exposto acima confirma que a Jurisprudência é uma fonte de Direito da União Europeia, que, principalmente, recorrendo ao elemento teleológico, acaba por criar normas princípios, muitos deles estruturantes do sistema de relações entre o Direito da União e o Direito dos Estados-membros. Mais, esta criação de normas vai quase sempre no sentido do reforço dos direitos dos particulares e das empresas, o que é evidente com o princípio da aplicabilidade direta, o princípio da responsabilidade civil, com o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Talvez, esta situação explique a tolerância que os cidadãos europeus têm tido em relação ao TJ.

Analisada a atividade do Tribunal ao longo destes cinquenta anos não é muito difícil encontrar semelhanças entre este percurso e as ideias defendidas por Dworkin e por Hart relativamente aos casos difíceis. Dworkin defendia que perante um caso difícil (“hard case”), ou seja uma situação não prevista previamente pelo legislador, o intérprete não deve declarar a incompletude do direito, mas sim recorrer aos princípios gerais de direito para obter a solução correta. Hart entendia, pelo contrário, que há situações previstas pelo direito e que, nestes casos, deve ser atribuído um poder discricionário ao juiz para criar direito¹¹¹.

Assim, por um lado, ao criar este conjunto de princípios o TJ permitiu a criação de uma ordem jurídica com as normas que permitem ao intérprete não recorrer ao exercício do poder discricionário do juiz, comprovando a teoria de Dworkin, e por outro lado, a criação de normas princípio por parte do juiz da União comprova que Hart tinha razão quando referia que nos casos difíceis o juiz pode criar normas através do seu poder discricionário.

¹¹¹ Para DWORKIN só havia uma solução correta.

Apesar da diferente metodologia o Tribunal sempre deu primazia ao recurso a princípios e a fundamentações baseadas em critérios finalísticos o que se aproxima de uma argumentação baseada nos princípios.

Importa ainda referir que esta atividade jurisdicional criadora permitiu uma comunicabilidade com o próprio legislador da União Europeia, que se revela também com a menção às decisões nos trabalhos preparatórios dos diplomas da União Europeia^{112 113}.

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa nomeadamente com o fim do acervo comunitário parece indicar uma limitação à construção e à manutenção de princípios tendo presente a sua importância na autonomia do Direito da União Europeia e no papel decisivo que eles tiveram no reforço e aprofundamento do processo da União Europeia.

3. O Direito Jurisprudencial da União e a Metodologia Jurídica

Se concentrarmos a nossa atenção sobre a actividade do juiz, concluiremos que o problema da justiça reside, sobretudo, na cristalização do pensamento teórico e numa praxis incapaz de reflectir sobre si própria, indiferente ao método e pouco sensível às expectativas sociais. A lógica dedutiva ao serviço do positivismo criou e reproduziu verdadeiras escolas de glosadores que citam jurisprudência sem a reconstruir, o que significa, distanciando-a do real, frequentemente do próprio real que

¹¹² A Título de exemplo, as diretivas n.º 2004/18 204/17 sobre contratos públicos ou a Diretiva 2004/38 CE, relativa ao direito de circulação

¹¹³ Neste sentido, JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, Justiça Comunitária e qualquer da Justiça: um discurso do método, in Revista Julgar (Especial), Setembro /Dezembro 2008, Almedina, pág.33

*esteve na sua origem. Esta situação não é exclusiva do direito*¹¹⁴.

Neste último capítulo deste estudo vamos proceder a algumas considerações com o objetivo de problematizar e também “desconstruir” algumas ideias/considerações com vista a refletir e a criar linhas de investigação, sujeitas a desenvolvimentos futuros.

O método funcional que foi adotado nos primeiros momentos do Tribunal de Justiça, consta dos Tratados e atua de um modo semelhante com o método de qualquer tribunal constitucional¹¹⁵. No método funcional os Tratados fixam os fins a alcançar, por vezes acompanhados de planos, e estabelecem os procedimentos para os alcançar, pelos vários órgãos da União em proporções variáveis que “expressam os equilíbrios institucionais queridos pelos Estados-Membros”¹¹⁶. Em 1992, foi introduzido o artigo 5.º consagrando o princípio da atribuição das competências e o princípio da subsidiariedade. Além do recurso ao elemento teleológico da interpretação em que a solução depende dos resultados que se pretendem alcançar, o Tribunal de Justiça recorre ao elemento sistemático de interpretação, em que a norma é

interpretada em função do resto das disposições dos Tratados¹¹⁷.

A metodologia adotada pelo TJUE não está em contradição com as ideias defendidas por Dworkin, pois este defendia que a interpretação era criativa uma vez que estava centrada e intencionalmente justificada pelo alcance de “certos interesses práticos fundamentais”, o que exigia uma relação estreita entre o objetivo e o objeto¹¹⁸.

Importa dizer que, num primeiro momento, o TJUE, principalmente com recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial, deu fortes impulsos no sentido de criação do direito, adotando uma postura de juiz integrado na Cível Law (método dedutivo), com um pensamento silogístico, cartesiano, pois a interpretação e aplicação do direito resultava de uma fundamentação baseada no raciocínio de que estava a aplicar o direito previamente criado, apesar de se constatar que o juiz ia, de facto, muito para além da lei. Actualmente a fundamentação do TJUE está mais próxima do direito da Common Law do que da Civil Law, na medida em que na fundamentação das suas decisões recorre à retórica interpretativa.

Quanto ao método jurídico¹¹⁹ podemos distinguir na Ciência do Direito dois grandes métodos: o método dedutivo e o método indutivo. Defenderam o primeiro o positivismo lógico-normativo, a jurisprudência dos conceitos e a teoria pura do direito. Defenderam o segundo, a jurisprudência dos interesses, o positivismo jurídico empírico, o movimento do direito livre e a sociologia jurídica empírica.

¹¹⁴ JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, *Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: um discurso do método*, Coimbra, Coimbra Editora, Revista Julgar (Especial Setembro/Dezembro 2008, Almedina), pág. 33.

¹¹⁵ CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e poder Judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 31, refere que “...o sentido de recurso ao juiz “transforma-se” e com ele a “interpretação constitucional”. Esta compreende agora o recurso não apenas às normas, mas também aos princípios, aos valores e às formas argumentação. Em consequência, a interpretação da constituição revê-se num discurso sobre o “método”, que se apresenta ao mesmo tempo como uma discussão em torno do conteúdo e sentido do conceito pressuposto de “constituição” no constitucionalismo. Nas palavras de John Rawls: numa sociedade bem ordenada, o esquema interpretativo-o objeto da interpretação não é a norma, mas apenas um texto. A interpretação é sempre uma operação retroativa como muito bem sublinha DWORKIN E RICOEUR.

¹¹⁶ DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS (Dir.), *LA Reforma de La Delimitación Competencial en La*

¹¹⁷ MOLINA DEL POZO, *Derecho Comunitário*, Calamo, Barcelona, 1.ª edição, 2004.

¹¹⁸ DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., pág. 50-52.

¹¹⁹ ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, tradução português, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 82 define método como “o processo planeado e racionalmente refletido que tem por fim o conhecimento dum objecto” e que “durante, muito tempo a jurisprudência esteve entregue ao pensamento de dedução em sistemas fechados, que era considerado como científico em sentido próprio e ainda hoje o é para alguns”.

Enquanto aqueles que defendem o método dedutivo assentam a sua posição no “carácter de dever ser do direito, mas esquecem-se do momento do ser do direito, os factos jurídicos”, os que defendem o método indutivo “centram-se no ser, na realidade, não conseguindo, contudo, justificar como, partindo daí, sem referência a valores, se alcança um dever-ser”¹²⁰.

Atualmente, com todas as críticas que existem contra o positivismo e tendo em conta alguns problemas decorrentes da morosidade dos sistemas de justiça de vários países, há uma tendência para o recurso a métodos indutivos, como, por exemplo, o recurso aos meios alternativos de resolução de conflitos.

O positivismo jurídico empírico, alguns existencialistas, a ética da situação e o método do pensamento casuístico defendem que é possível partir do caso para chegar à decisão jurídica, sem o apoio da norma¹²¹. Arthur Kaufmann entende que a indução é “uma forma de inferência irrenunciável para a determinação do direito”, mas não deixa de dizer que “No entanto a indução é, por si só, um instrumento inapto para chegar a preposições verdadeiras”¹²² e que “A indução produz novos conhecimentos, mas a partir de uma base incompleta; daí que conduza apenas a juízos problemáticos...”¹²³.

Não há método jurídico que possa existir sem um momento indutivo, mas Arthur Kaufmann coloca uma questão muito pertinente neste âmbito: “mas de que modo se poderá chegar exclusivamente por indução, partindo apenas da factualidade do caso a uma decisão por dever,

permanece um segredo para todos os que afirmam tal possibilidade”¹²⁴.

A União Europeia tem recorrido muito ao método indutivo nos termos do qual “a jurisprudência adota uma hermenêutica pouco obediente ao positivismo lógico e mais aberta ao método indutivo, entretece o sistema de normas com a definição de grandes princípios e é particularmente sensível ao precedente”¹²⁵. O forte recurso a princípios traduz-se na predominância de um método indutivo. Importa referir que há outra característica que apela para a metodologia indutiva, como seja a que nos Acórdãos do TJ não há voto de vencido, pois as decisões resultam do consenso. Nos Acórdãos da Common Law há voto de vencido o que não se verifica na Jurisprudência da União Europeia. A explicação desta diferença poderá estar no facto de a falta de voto de vencido ser compensada com a intervenção de advogados gerais e com a ideia de que a decisão deve decorrer do consenso.

Importa referir que há quem entenda, nomeadamente Castanheira Neves, Esser, Kriele que a própria interpretação jurídica, enquanto normativamente constitutiva, tem como objecto problemático o caso decidendo e que não se parte metodicamente da norma para o caso mais sim do caso para a norma¹²⁶.

Finalmente, importa referir dizendo que o método interpretativo do TJUE é um método que privilegia a indução em prejuízo da dedução, acompanhando uma tendência atual para aplicação de métodos indutivos na resolução de conflitos, como acontece nos Julgados de Paz portugueses, e com os meios alternativos de resolução de

¹²⁰ KAUFMANN e W. HASSEMER, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 183.

¹²¹ ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 117.

¹²² ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 116.

¹²³ ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 112.

¹²⁴ ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 117.

¹²⁵ CUNHA RODRIGUES, *A Justiça Comunitária...*, pág. 36.

⁽¹²⁶⁾ A. CASTANHEIRA NEVES, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pag. 80 e 81.

conflitos, concretamente, mediação, conciliação e negociação¹²⁷.

Em face da impossibilidade de desenvolver nesta sede toda esta tendência, importa referir que nos Julgados de Paz Portugueses muitos dos procedimentos são alicerçados em princípios, onde, ao contrário do que acontece, em regra, os princípios prevalecem sobre as regras e onde há um fomento para os julgamentos com recurso a critérios de equidade, o que revela a predominância da indução, pois o recurso aos princípios e aos juízos de equidade implica uma análise da realidade que parte do particular para o geral. Na mediação, na conciliação e na negociação parte-se da discussão do caso concreto para a criação da solução (norma), ou seja, do particular para o geral, e, portanto, recorre-se também a métodos indutivos. Consta-se que no recurso a esta metodologia se valoriza o debate, a discussão baseada na troca de argumentos, como instrumento de fundamentação, de justificação e de legitimação das soluções.

Após tudo o que foi exposto e já perto do fim desta investigação, apesar da tentativa de obtenção de respostas para muitas das questões que se colocaram, a única certeza que resta é que tenho mais dúvidas do que aquelas que tinha inicialmente aquando do início deste estudo, o que é um bom indicio para continuar na senda de novas respostas e de novas perguntas.

A adoção de princípios como modo de sistematizar o direito traduz-se na escolha de um método indutivo em prejuízo de um método

dedutivo, na medida em que o processo de decisão passa por analisar o caso concreto e analisar em que medida se cria uma norma que, aplicada àquele caso concreto, alcança o fim plasmado no princípio. No entanto, como já tem sido salientado por alguns autores, nem todos os princípios decorrem da indução pois muitos deles têm origem em usos e costumes e acabam por ter consagração expressa.

Tanto as regras como os princípios permitiram a consideração de aspetos concretos e individuais¹²⁸. Enquanto nas regras, além de serem gerais e abstratas o agir está dependente da autoridade decorrente da norma e, por isso, se parte do geral para o particular, apesar de entendermos que há sempre lugar a aspetos concretos e individuais, nos princípios a autoridade da norma está no seu fim, a questão está em criar um agir concreto que se enquadre com o fim, por isso na sua aplicação há que fundamentar as razões substanciais ou razões finalísticas que levaram à aplicação da norma.¹²⁹ Para Humberto Ávila, “enquanto as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos factos e construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante os efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido”¹³⁰.

¹²⁷ JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, *Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: u discurso do método*, Coimbra, Coimbra Editora, Revista Julgar (Especial Setembro/Dezembro 2008, Almedina, pág. 21-40, refere que “efetivamente, a dedução que os tribunais realizam é ainda, nos dias de hoje, em grande medida, Montesquieu, no espírito das leis: o juiz boca morta que pronuncia as palavras da lei. Associada à ideia de plenitude do sistema jurídico esta lógica implica que todo o problema jurídico. E se não é então é porque não é jurídico. O direito assim definido ignora a existência de uma nacionalidade jurídica não dedutiva caracterizada pela aplicação de princípios e de regras de experiência e a tenta às expectativas criadas a respeito das leis, o que sugeriria uma conceção interativa, probabilista e dinâmica.

¹²⁸ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pág. 48.

¹²⁹ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pág. 48.

¹³⁰ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pág. 75.

A atribuição aos princípios do carácter de normas traduziu-se numa mudança do papel do julgador, concretamente no controlo da constitucionalidade das leis, o que se traduziu numa ampliação do espaço de interpretação e aplicação do direito quer pelos juízes do Tribunal Constitucional quer por todos os outros juízes em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. Assim, a análise da decisão do juiz não fica apenas dependente da sua submissão à lei, mas também de uma “explicação hermenêutica e uma argumentação jurídica”¹³¹ que justifiquem racionalmente o processo de decisão.

Por fim importa realçar e seguindo bem de perto Castanheira Neves, que atualmente e numa perspetiva metodológica os métodos estão a determinar o tipo de interpretação adotada¹³².

CONCLUSÕES:

1. O Sistema do TJUE contém em si, por definição, Tribunais que exercem a função

¹³¹ Argemindo Cardoso Moreira Martins, hermenêutica Principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados directamente a valores? (paper), 2007.

¹³² A. CASTANHEIRA NEVES, O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica, Coimbra, Coimbra Editora., “O problema da interpretação jurídica está, com efeito, a sofrer uma radical mudança de perspectiva no actual contexto metodológico. Deixou de conceber-se tão-só e estritamente como interpretação da lei, para se pensar como actus da realização do direito. E isto significa, por um lado, que a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota. Por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstractamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito – em termos de se dizer que esta será o que for aquela - antes é pela problemática autónoma e específica da realização do direito, e como seu momento metodológico-normativo, que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei. Com o que o próprio conceito de interpretação jurídica se alerta: de interpretação da lei converte-se em interpretação do direito, de novo a interpretatio legis se confronta com a interpretatio iuris. É que, se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação de normas legais e manifesta-se como o acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora pelo critério possivelmente oferecido por essa normas, mas com ampla actividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal. Dir-se-á que, nestes termos, o pensamento jurídico recuperou o concreto, que vai na essencial vocação do direito, depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico. dedutivo, o levava a refugiar-se no alienante abstracto”

jurisdicional com autonomia e no âmbito do equilíbrio institucional da União Europeia, não estão numa posição hierarquicamente superior comparativamente aos Tribunais e exercem a sua actividade em cooperação com os Estados-membros, funcionando como Tribunais especializados em Direito da União e os Tribunais dos Estados membros como tribunais comuns de Direito da União Europeia.

2. O Direito tem uma dimensão prática onde só no momento da aplicação é possível determinar o verdadeiro alcance da norma, por isso, não posso deixar de concordar, entre outros, com Gadamer quando defende que compreensão, interpretação e aplicação são três momentos autónomos mas interdependentes. Kant resumia toda esta ideia numa só frase: “A faculdade de julgar constitui um talento particular que não pode ser apreendido, unicamente exercitado”¹³³, pois as necessidades de agir, e de decidir, ultrapassam infinitamente as possibilidades de conhecer.

3. A actividade jurisprudencial teve um papel central na primeira fase do Direito da União Europeia, porque os objectivos nos Tratados institutivos eram muito gerais, a textura aberta e a existência de conceitos indeterminados nos enunciados das normas de definição de competência, a existência de normas de conteúdo programático, e também a evolução do sistema de repartição de competências no sentido de atribuir, cada vez mais, poderes às comunidades e à União levou a que o Juiz Comunitário e da União tivesse muita liberdade no exercício da função jurisdicional. Isto, aliado à existência de uma interpretação baseada no elemento teleológico englobam o conjunto de razões que explicam o papel preponderante que o Tribunal de Justiça tem tido, quer na integração quer na construção do ordenamento jurídico do Direito da União Europeia.

¹³³ Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª Edição, 2001.

4. Todas as razões acima mencionadas permitiram que o Tribunal de Justiça criasse normas, princípios jurídicos que, muitos deles, estruturam o sistema de relações entre o Direito da União Europeia e Direito dos Estados-membros.

5. A criação de princípios, a atribuição de alguma liberdade ao juiz não tem como consequências imediatas a arbitrariedade, e a violação dos limites das competências dos juízes relativamente ao poder legislativo e executivo. O exemplo do TJUE como um método interpretativo centrado em objectivos e em princípios demonstra essa afirmação e que, pelo contrário, a actividade jurisdicional do TJUE foi preponderante na tutela dos Direitos dos particulares e das empresas ao criar um conjunto de princípios que reforçaram e garantiram o exercício dos seus direitos plasmados nos Tratados e nas próprias Constituições dos Estados-membros.

6. A análise cuidada da actividade do Juiz do TJUE comprova que foi atribuída ao Tribunal pelos Estados-membros uma ampla liberdade na interpretação e aplicação do Direito Comunitário e que o juiz da União foi um órgão de produção normativa por excelência, criando, ao longo dos anos, normas, concretamente normas princípio que acabaram por regular as relações jurídicas no seio da União, mas também as relações entre os Estados e a União, ao criarem os princípios estruturantes do sistema de relações entre Direito da União Europeia e Direitos dos Estados-Membros.

7. Apesar desse poder atribuído ao juiz da União Europeia o balanço alcançado nos mais variados sectores é um balanço positivo, não deixando os Estados de reconhecer a validade daqueles princípios. A interpretação baseada na finalidade da norma e consubstanciada na fundamentação de uma determinada decisão concreta dá coerência e sentido à norma aplicada.

8. A Actividade criativa da Jurisprudência do TJUE concretamente nos casos difíceis demonstra, por um lado, que o juiz cria normas – no caso em apreço, princípios – o que comprova a posição defendida por Hart que em face da incompletude do Direito Comunitário o juiz da União exerceu um poder discricionário criando as referidas normas princípio. Por outro lado, com a criação desses princípios resulta comprovado que os mesmos estruturam a ordem jurídica como uma teia que retira ao juiz aquele poder discricionário de que falava Hart, comprovando a posição de Dworkin. Aliás, importa sublinhar que muitos dos princípios criados fazem parte do direito escrito da União. Além disso, estes princípios são fruto da actividade judiciária e são estruturantes da ordem jurídica o que está muito próximo de Esser relativamente aos princípios, onde é reconhecida a actividade do intérprete e a ideia de Esser de que “só a casuística nos diz o que é o direito” remetendo a discussão da justiça para a teoria da decisão.

9. Apesar da liberdade de criação normativa ter sido limitada nos últimos tempos, concretamente com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a criatividade interpretativa do TJUE vai para além daquilo que é concebível pela teoria analítica do direito.

10. Esta liberdade e confiança concedida ao poder judicial e a estruturação do sistema jurídico levado a cabo pela jurisprudência comprovam que a desconfiança e a necessidade de controlo muito rigoroso do poder judicial com vista a garantir a certeza e a segurança jurídica, podem não ser as melhores medidas para atingir os objectivos de quem legisla.

11. Há que reconhecer que a interpretação e a aplicação levada a cabo pelo Tribunal de Justiça, ao lhe ser concedido uma ampla liberdade de interpretação comporta riscos no que se refere há possibilidade dos efeitos das decisões serem nefastos e violadores dos direitos e dos princípios

da União, riscos que poderiam ser limitados por uma adopção de uma perspectiva menos flexível e mais rigorosa do Direito da União. A realidade tem comprovado que tem sido através desta liberdade interpretativa que o Juiz da União criou um manancial de princípios jurisprudenciais consagrados pelas reformas dos Tratados que permite que se afirme que em sede de Direitos Fundamentais o Direito da União Europeia é aquele que mais proclama a defesa desses direitos.

12. A adopção de métodos indutivos na resolução de conflitos foi levada a cabo pelo Juiz da União na criação de princípios acompanhando uma tendência presente nos Julgados de Paz e nos meios alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação e negociação), tendência que é acompanhada por uma necessidade de discussão, de debate e de troca de argumentos, que fomentam a participação dos interessados e legitimam as soluções.

13. O fomento de uma metodologia indutiva na interpretação e aplicação do direito coloca na figura do juiz mais liberdade e autonomia na criação do direito mas deve ter como consequência uma maior responsabilização e fiscalização da actividade do juiz, sem prejuízo do afastamento do preconceito de que mais liberdade é sinónimo de parcialidade, pelo contrário, é pelo reforço dos poderes do juiz e pelo reforço da autonomia e independência dos juizes que se reforça a sua imparcialidade.



BIBLIOGRAFIA:

- ANA MARIA GUERRA MARTINS (2004), Curso de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra: Livraria Almedina.
- A. CASTANHEIRA NEVES (2003), O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I, Coimbra, Coimbra Editora.
- ARGEMINDO CARDOSO MOREIRA MARTNS (2007), *Hermenêutica Princioplógica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados directamente a valores?* (paper).
- ARTHUR KAUFMANN e W: HASSEMER (org.) (2002), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- ARTHUR KAUFMANN (2004), *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- CLAUS WILHELM CANARIS (1996), *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 2.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian.
- CRISTINA QUEIROZ (2000), *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, Coimbra: Coimbra Editora.
- DAVID DUARTE (2002), *Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deonticos em Alf Ross: A Crítica, A inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias*, Coimbra, Coimbra Editora, in RFDUL, VOL. XLIII, n.º 1.
- DAVID DUARTE (2006), *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Coimbra, Almedina.
- DWORKIN (1998), *Law's Empire*, Reimpressão da edição de 1986, London, Hart Publishig, 1998
- EDUARDO GRACÍA DE ENTERRIA, RICARDO ALONSO GARCIA (org.) (2004), "La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea", Madrid, Civitas.
- FAUSTO DE QUADROS (1995), *O princípio da Subsidiariedade, no direito comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra: Livraria Almedina.
- FAUSTO DE QUADROS (2004), *Uma Constituição para a Europa, Colóquio Internacional de Lisboa*, Coimbra: Livraria Almedina.
- FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria Guerra Martins (2005) – *Contencioso Comunitário* – Coimbra: Livraria Almedina. Reimpressão.
- FAUSTO DE QUADROS (2005), "Constituição Europeia e Constituições Nacionais", in Portugal e o

Tratado que Estabelece Uma Constituição para a Europa, O direito, n.º 137.º, ano 2005, IV, V, 687-698.

- FAUSTO DE QUADROS (2008), Direito da União Europeia, Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia, Coimbra, Almedina.

- FAUSTO DE QUADROS (2008), Droit de l'Union Européenne: Droit Constitutionnel et Administratif de l'Union Européenne, Bruylant.

- FRANCOIS-XAVIER PRIOLLAUD e David Sirtzky (2008), *Le Traité de Lisbonne - Texte et Commentaire article par article*, ed.: La Documentation Française, Paris.

- GIUSEPPE ZACCARIA e FRANCESCO VIOLA, Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto, Roma Editoria Laterza, 2004.

- GUSTAVO ZAGREBELSKY (2003), Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia, 1992, trad. Espanhola, Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia Madrid Trotta.

- HUGO REIS (2009), "Dworkin e a interpretação jurídica – uma leitura crítica", in Revista O Direito, n.º 41, III, 637-664.

- HUMBERTO ÁVILA (2009), Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores.

- INÊS QUADROS (2006), A Natureza Objectiva da Competência prejudicial do Tribunal de Justiça, Coimbra, Almedina.

- JACQUES PERTEK (2001) – La Pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, Coopération entre CJCE et juges nationaux– Paris: Litec.

- JACQUES ZILLER, *L'Union européenne (2008), Édition Traité de Lisbonne*, ed.: La Documentation Française, Paris.

- J. J.GOMES CANOTILHO (2000), Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 4.ª Edição.

- JOSEF ESSER (1961) Principio y Norma en La Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado, Barcelona, Bosh.

- IMMANUEL KANT (2001), Critica da Razão Pura, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª Edição, 2001.

- JURGEN HABERMAS (1997), Direito e Democracia, entre facticidade e validade, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

- ARTHUR KAUFMANN e W: HASSEMER (org.) (2002), Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

- MARIA LUISA DUARTE (1997) – A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex.

- MIGUEL GALVÃO TELES (1995), "A Competência da competência do Tribunal Constitucional", in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Coimbra Editora.

- JACQUES DERRIDA (2002), Força de Lei, Porto, Campo das Letras.

- JOSÉ NARCISO CUNHA RODRIGUES (2008), "Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: um discurso do método", Coimbra, Coimbra Editora, in Revista Julgar (Especial), Set.-Dez. 2008, Págs. 21-40.

- MOLINA DEL POZO (2004), Derecho Comunitário, Calamo, Barcelona.

- NICOLÓ TROCKER (2002), La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ed il Processo Civile, Milano Revista Trimestrale dei Diritti e procedura Civile, 56, 4, Dezembro de 2002, pág. 1171-1241.

- NIEL MACCORMICK (1994), Legal Reasoning and legal Theory, Oxford, Oxford University Press.

- PAUL RICOEUR (1997), O Justo ou a Essência da Justiça, Lisboa, Instituto Piaget.

- RICCARDO GUASTINI (1993), Le fonti dell diritto e l'interpretazione, Milano, Giuffré.

- ROBERT ALEXY (1988) "Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos e Razão Prática", (paper), San Sebastián, Setembro de 1988, pág. 147-148.

- ROBERT ALEXY (2001), Teoria da Interpretação Jurídica, São Paulo, Editora Landy.

- RONALD DWORKIN (1992), Law's Empire, 1985, trad. Esp. El Imperio de la Justicia, 2.ª Edição, Barcelona, Gedise.

O AUTOR

JOÃO CHUMBINHO

Nascido em 3/1/1969, casado e pai de quatro filhos.

Actualmente é juiz de paz e coordenador no Julgado de Paz de Lisboa (desde 21/01/2002). Anteriormente exercia a actividade de advogado.

Contactos: jpchumbinho@gmail.com.

I. BREVE CURRÍCULO ACADÉMICO:

- Doutorando em Direito (vertente Jurídico-políticas) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Mestre em Direito (vertente Jurídico-políticas) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2009);
- Mestre em Ciência Política no ISCTE (2006);
- Pós-graduado em Relações Culturais Internacionais na Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica;
- Pós-graduado em Direito Contratual na Faculdade de Direito da Universidade Católica; Pós-graduado em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Pós-graduado em Direito Administrativo na Universidade Lusíada; Pós-graduado em Direito da Droga e da Toxicodependência na Faculdade de Direito da Universidade de Direito de Lisboa; Pós-graduado em Direito das Autarquias Locais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Curso de Mediação de Conflitos (IMAP);
- Curso de Mediação e Especialização em Arbitragem Internacional (Ilmai e Florida International University).

II. OBRAS PUBLICADAS:

- 2009 | “A Constituição e a Independência dos Tribunais”, Lisboa, Quid Juris.
- 2007 | “Os Julgados de Paz e a Prática Processual Civil”, Lisboa, Quid Juris

III. ALGUNS ARTIGOS PUBLICADOS:

- “O Palco e os Meios para um Acordo Justo e Equitativo”, Lisboa; Coimbra Editora, in Colectânea de Legislação sobre Julgados de Paz, 2006, 243-257.
- “Os Julgados de Paz e o Valor da Palavra Dada”, Lisboa, News Letter, DGAE, Ministério da Justiça, 2003.

IV. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES:

- Membro do Agrupamento Europeu de Magistrados para a Mediação e da respectiva secção portuguesa;
- Membro Fundador da Associação Nacional dos Juizes de Paz Portugueses (AJUPP). Actualmente é o Presidente da Direcção da AJUPP.

