

CAPÍTULO IX

NA VIA DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA UNIÃO EUROPEIA: O ESTATUTO DA CIDADANIA COMO ELEMENTO PROPULSOR DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO EUROPEIA

Fátima Pacheco

Universidade Católica do Porto - ISCAP – Politécnico do Porto e
CEDU – Universidade do Minho

Resumo:

Criar um sentimento de pertença de um indivíduo a uma nova entidade política foi um dos objectivos da cidadania europeia. Quando perceberam que tal desiderato, hoje transcrito nos arts. 20.º a 24.º do TFUE, não seria alcançável apenas pela via do mercado interno os Estados, aquando a revisão dos Tratados, investiram em vários instrumentos, entre eles: **I**) o reforço da legitimação democrática da UE a par do acréscimo das competências do Parlamento Europeu (PE) e dos parlamentos nacionais; **II**) a densificação dos direitos de não discriminação, dos direitos fundamentais em geral e das várias facetas da cidadania em especial; **III**) e a intensificação da relevância da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Tais instrumentos, enquanto elementos propulsores da indeclinável necessidade de legitimação europeia, revelam-se profundamente interdependentes. Assim, é nossa intenção demonstrar que o percurso da integração é indissociável dos direitos atribuídos aos nacionais dos Estados-membros. Num contexto em que as questões da identidade se revelam vitais para a credibilidade da União - pertencer, participar, circular, permanecer, residir, não discriminar, sindicar, obter vantagens sociais - são as palavras mágicas sem as quais não será possível prosseguir o processo constitucional europeu. Diremos então das

razões porque cremos ser fundamental incrementar o referido sentimento de pertença: se tempos houve em que os indivíduos apenas eram agentes económicos, chegaria o tempo de serem a peça fundamental da construção europeia. Estamos em crer que se tal tempo retroceder a Europa sucumbirá.

Palavras-Chave: legitimação; direitos fundamentais; cidadania.

1 – Introdução

A Europa é um lugar de memória. Neste pequeno continente marcharam muitos soldados, viveu-se muito sofrimento, cantou-se a esperança, deflagraram ódios, abriram-se questões teológicas e filosóficas, escreveram-se declarações de direitos, tratados políticos, reconstruíram-se Estados, viveram-se holocaustos, espalharam-se lápides e fizeram-se promessas mútuas. Este pretérito espiritual ditou a nossa ambiguidade: entre o refúgio dos nacionalismos e o advento da integração caminhamos na busca do humanismo e da dignidade.

O projecto europeu que nasceu dos escombros das guerras edificou uma nova entidade política: uma União de Estados e de Povos que se integrou nos ordenamentos nacionais. Por via da institucionalização do Tratado da Comunidade Económica Europeia (TCEE), a ordem jurídica que em 1957 surgia na Europa organizou um sistema de fontes normativas, criou uma estrutura institucional, e apontou objetivos próprios. A sua marca mais impressiva, todavia, foi o modo como inseriu os indivíduos no processo de integração: enquanto nacionais dos Estados-membros tais indivíduos começaram por ser factores de produção para passarem a ser beneficiários de direitos fundamentais.

Tornar-se-ia, portanto, inevitável que os tratados fossem estabelecendo objetivos transcendentais ao mercado comum, rumo à construção de um espaço de integração política, que assentaria em três componentes:

I) a legitimação democrática da UE a par do acréscimo das competências do Parlamento Europeu (PE) e dos parlamentos nacionais; **II)** a densificação dos direitos de não discriminação, dos direitos fundamentais em geral e das várias facetas da cidadania em especial; **III)** a intensificação da relevância jurídica da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Veremos então em que se consubstanciam aquelas componentes que, não obstante separadas em função dos domínios sob os quais incidem (**I**, **II**, **III**), se revelaram profundamente interdependentes e plurissignificativas enquanto elementos propulsores à indeclinável necessidade de legitimação da União, no quadro do projecto de integração europeia.

Nessa medida observaremos as formas pelas quais a União se auto-legitima; quais os direitos referidos; o grau de vinculação da União e dos Estados no que concerne à sua eficácia; e as respostas que a crise europeia tem ultimado na jurisprudência. Não o poderemos fazer com a profundidade que tal empreendimento merecia, nomeadamente através de um acompanhamento jurisprudencial, nem tão pouco abordar se os mecanismos de garantia de que dispõem os cidadãos são ou não suficientes para a sua sindicância. Porém, desde já salientamos o seguinte:

O cidadão é um membro da “*polis*”; a cidadania europeia é uma cidadania de sobreposição; a cidadania alargou a liberdade de circulação dos trabalhadores nela não se esgotando; o princípio da igualdade alargou o seu âmbito pessoal desligando-a da necessidade de exercício económico; a mobilidade implicou o reconhecimento do direito a benefícios sociais por parte dos residentes legais; tal *status civitas* permitiu aceder ao parâmetro de fundamentalidade europeia investindo os cidadãos em principais elementos da nova identidade político-cultural.

Pensamos ser também pertinente deixar aqui uma nota sobre o momento de alvoroço que a crise veio colocar ao projecto europeu, naquilo que concerne à sua dimensão humana: a tolerância para com a diferenciação entre os cidadãos em função do tempo

de residência e da suficiência económica e se tal diferenciação não perturbará o gozo efectivo dos direitos conferidos pelo estatuto fundamental da cidadania, agora reforçado pela positividade da Carta. É esta reflexão que vimos apresentar.

2 – A componente da legitimação democrática

É um dado que os arts. 9.º a 12.º do TUE, na sua versão de Lisboa, introduzem significativas disposições que se dedicam aos princípios democráticos. O valor da democracia integra as tradições constitucionais comuns e tem sido reforçado ao longo dos tratados, assim esbatendo o *deficit* democrático que originariamente os marcou. Com base neste princípio os cidadãos elegem os órgãos de decisão política, participam na feitura das suas decisões e possuem instrumentos de controlo daquelas instituições. Enquanto entidade produtora de direito aplicável aos indivíduos a União consagrou os princípios da democracia representativa e participativa (art. 9.º n.º 2, 3 e 4 TUE), bem como o princípio da igualdade (art. 9.º, n.º 1TUE).

Com efeito, os cidadãos devem ser tratados por igual (art. 19.º TFUE), devem eleger os órgãos de decisão (art. 39.º CDFUE), devem ter liberdade de expressão, de informação, de artes e ciências (art. 11.º, 12.º, 13.º da CDFUE), devem ver respeitados os princípios da transparência (art. 11.º TUE), o direito de participação dos parlamentos nacionais (art. 122.º TUE), o direito de iniciativa europeia (art. 11.º, n.º 4 TUE), bem como devem poder peticionar ao Parlamento Europeu (PE), entre outras manifestações que viabilizam uma União mais próxima a eles. Tal é o caso da generalização do processo de co-decisão, designado por procedimento legislativo ordinário, o qual vem reforçar a participação do PE (arts. 14.º, n.º 1 TUE e 294.º TFUE) e do processo legislativo especial (arts. 289.º, n.º 2 TFUE).

Por outro lado, é importante assinalar que as alterações institucionais introduzidas pelo TL tiveram um impacto positivo no sistema do contencioso da UE, uma vez que o art. 19.º, n.º 3, al.

a) a c) redefine a competência do TJUE, precisando a sua amplitude decisória, nomeadamente, a nível dos recursos interpostos por pessoas singulares e colectivas, tanto em razão da matéria (domínios materiais), como em razão da competência (anulatória e de plena jurisdição).

Sendo incontrovertível que qualquer sociedade política se funda em valores e princípios, também a UE – em especial no art. 2.º TUE - refere a base axiológica implícita à sua legitimação democrática, mediante a enunciação de valores comuns à União e aos Estados-membros, relativamente aos quais se auto-vincula. De resto, o Preâmbulo da Carta afirma que «*Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns*». Como refere Martins (2010: 584), o TL «indica, explicitamente, os valores nos quais se funda a União. São eles a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de Direito e o respeito dos direitos humanos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias», vinculando as instituições e os Estados, no momento interpretativo e de aplicação do direito, e no momento legiferante. Neste quadro, o art. 2.º constituiu a base normativa necessária para a União fundamentar a competência de promoção dos direitos humanos. Ademais, a União prevê a possibilidade da suspensão dos direitos de um Estado-membro por desrespeito a tais valores, mediante a instauração de um mecanismo não jurisdicional sancionatório (art. 7.º do TUE), que - além de incluir um momento preventivo de alerta - prevê a aplicabilidade daquela consequência mediante decisão do Conselho por maioria qualificada.

Ao afirmar que esta «*nova etapa*» está sustentada na democracia representativa e participativa a União aponta, no seu art. 10.º TUE, os dois pólos de legitimidade em que se sustenta: os cidadãos e os Estados-membros. Sem tal base de legitimação não seria possível construir-se uma União de Estados e de cidadãos, cuja abrangência dos seus objectivos (art. 3.º TUE), ultrapassando a dinâmica económica, aponta fins coincidentes com os dos Estados-membros.

O art. 10.º assenta no valor da lealdade e pretende dar corpo à formação de um espaço colectivo europeu que prevê o direito de iniciativa de cidadania³⁵ (art. 11.º, n.º4). Este último dispositivo reflecte uma legitimidade democrática alargada, projectada na possibilidade de direito de petição ao PE e de queixa ao Provedor de Justiça previstos nos arts. 227.º e 228.º TFUE.

O Tratado de Lisboa (TL) garante o envolvimento dos parlamentos nacionais³⁶ no processo de construção europeia, contribuindo para um bom funcionamento da União e para a aproximação daquelas assembleias democráticas relativamente aos trabalhos do Conselho - cuja composição intergovernamental - distanciava os parlamentos nacionais do processo legislativo e dos assuntos europeus. Está agora garantido o direito à informação, o controlo da subsidiariedade e da proporcionalidade, a cooperação operacional no quadro da segurança interna, a participação nos procedimentos de revisão e, no quadro da cooperação interparlamentar, resultou estabelecido o contacto com a Comissão Europeia.

Não poderia ser diferente: como legitimar o primado, a invocabilidade dos preceitos normativos, a interpretação conforme, as obrigações decorrentes da UEM, as políticas comuns e os processos de incumprimento de que podem ser alvo os Estados-membros, sem cuidar da legitimação do projecto de unificação europeia? Como seria possível tal unificação sem uma democracia transnacional que elevasse os cidadãos a um dos pilares dessa construção? E como elevar os cidadãos a elementos de uma nova comunidade política sem lhes outorgar direitos fundamentais e lhes garantir a sua tutela?

³⁵ *Vd.* Reg. (EU) n.º 2011/2011 do PE e do Conselho, de 16/02.

³⁶ Os tratados referem 46 intervenções dos parlamentos. *Vd.* Protocolo N.º 1 relativo aos Parlamentos Nacionais e Protocolo N.º 2 relativo à aplicação da subsidiariedade e da proporcionalidade.

3 – A componente da densificação dos direitos fundamentais

É um facto que o TL confere direitos fundamentais aos indivíduos: o seu preâmbulo confirma o «*apego dos europeus por os direitos do Homem e liberdades fundamentais*»; o art. 2.º TUE refere-os como um dos valores em que se funda a União; o art. 3.º enuncia o objetivo de os promover; o art. 6.º, n.º 1, reconhece a existência de um catálogo de direitos, princípios e objetivos e o n.º 2 menciona o compromisso da União aderir à CEDH; o art. 7.º consagra o processo sancionatório para os Estados que violam ou ameaçam violar os valores; os tratados contêm várias disposições sobre eles e prevêem uma política externa de direitos humanos; existe uma agência externa para a sua verificação.

Ademais, é também um facto que a UE oferece um sistema autónomo de proteção constituído pelas disposições da CDFUE, pelos direitos previstos nos tratados, e por princípios gerais de direito, cuja observância é garantida pelo TJUE, deles fazendo parte as tradições constitucionais comuns e o conteúdo dos direitos da CEDH – ainda que interpretados sob a óptica do DUE.

No que respeita à densificação dos direitos fundamentais, importa salientar que os direitos de cidadania são o estatuto jurídico-político comum dos europeus e a base de legitimação pela qual os «povos» dos Estados se concederam esse novo atributo que, em simultâneo, lhes faculta serem cidadãos nacionais e da União. Ora, é esta fantástica dualidade que constitui o carácter *sui generis* da cidadania! É que este atributo deixou de ser complementar – como proclamava o Tratado de Amesterdão – para ser uma qualidade que “acresce” a algo que já se tinha por via prévia da nacionalidade.

Nessa medida, tais direitos constituem o elemento verdadeiramente propulsor do processo de integração europeia: envolvendo os indivíduos no objecto da sua normatividade, não poderiam os tratados deixar de falar em democracia nem de direitos fundamentais. Ora, tais pretensões subjectivas necessitam de

concretização, pois só mediante a sua garantia se respeita a dignidade humana. Nesta medida, sem o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos não seria possível o funcionamento desta nova entidade política, desta nova forma de constitucionalismo multinível por onde se move a natureza da União. Por outro lado, como outra face da moeda, sem os direitos de cidadania não seria possível implementar este novo vínculo de agregação a um “todo” que sabemos ter por vocação ultrapassar o vínculo estadual e por destino ligar as várias identidades nacionais num espaço comum pós-nacional. Os direitos de cidadania constituem a marca mais palpável da integração e o mais imediatamente visível para os indivíduos, sem os quais o projecto de unificação europeia seria mera quimera. Sem uma “Europa dos cidadãos” e sem mobilidade, correr-se-ia o risco da involução e da evanescência fazendo a essência da UE retroceder para uma Europa meramente de mercado (art. 26.º TFUE).

Vale a pena sublinhar que muito embora a CDFUE não esgote a função garantística da União, nela reside a substância necessária à expansibilidade do modelo de protecção da União, à sua legitimação democrática e à ultrapassagem da dimensão mercantilista da cidadania para uma cidadania transnacional.

4 – A componente da relevância jurídica da CDFUE

Consagrada no direito primário pelo TL, ainda que de modo *sui generis*, o art. 6.º, n.º 1 do TUE afirma que reconhece a CDFUE, juntamente com as Anotações elaboradas pelo *Praesidium* da Convenção. Este catálogo de direitos possui força vinculativa e integra o bloco de fundamentalidade da União, pelo que se tornou parâmetro de legalidade do direito derivado e do direito produzido pelos Estados-membros no âmbito de aplicação do DUE, sendo controlável pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), através dos mecanismos estabelecidos nos tratados – os quais se reconduzem à competência a título prejudicial, aos meios contenciosos de fiscalização de legalidade, ao contencioso da responsabilidade e à acção por incumprimento dos Estados. De resto, na medida em que tais direitos concretizam os valores

do art. 2.º TUE torna-se possível aplicar aos Estados o processo de incumprimento qualificado. Reiterando que não cabe aqui dissertar sobre a suficiência dos meios técnico-jurídicos à disposição dos indivíduos para a sindicância dos direitos positivados pelos tratados e pela Carta, não podemos deixar de salientar que a CDFUE constitui o mais notável instrumento de legitimação democrática que a União produziu ao longo da sua breve história.

Por sua via, a União passou a dispor de um catálogo próprio, tendo-lhe sido “reconhecido” efeito jurídico nos termos indicados. Esta disposição, optando pela utilização do vocábulo “reconhece” em vez de “respeita” ou “consagra”, apresenta uma redacção, aparentemente, pouco ambiciosa. Todavia, a terminologia utilizada não lhe diminui valor jurídico, antes lhe confere um carácter autónomo que permite nela encontrar um significativo acréscimo ao sistema de protecção de direitos da UE. A Carta adquiriu valor de *hard law*, gozando de força de direito primário³⁷: dispõe de um Preâmbulo³⁸, regras de aplicação e de interpretação e Anotações específicas. É, por isso, uma peça jurídica independente que constituiu um sistema interno integrado no sistema mais lato de protecção dos direitos fundamentais da União. Esta formulação, em detrimento da inserção directa nos tratados, é consonante com a circunstância do TL ser um tratado de continuação de um caminho marcado por momentos constitucionais. Tal metodologia teve o mérito de conter o receio de que a sua positivação aprofundasse a «constitucionalização judicial» da União e o aumento do controlo sobre os Estados, por analogia com a «declaração» aditada à Constituição federal dos EUA, em 1791.

De qualquer forma, pensamos ser expectável a continuação das características do sistema de protecção dos direitos na União uma vez que o n.º 3 do art. 6.º TUE é uma cláusula de abertura

³⁷ O Direito Originário refere-se aos tratados constitutivos e integra os que os modificaram, os provenientes de revisões e os de adesão. *Vd. Martins, Ana (2004), p. 374.*

³⁸ O Preâmbulo, sendo um texto prévio ao articulado tem valor hermenêutico e incorpora os seus princípios ontológicos. Indicia a autonomia jurídica do texto que abre, como um portal de entrada rumo ao seu universo.

que viabiliza a manutenção da sua flexibilidade ao incluir a previsão da aplicabilidade dos princípios gerais. Tal dispositivo permite o alargamento do âmbito dos direitos a proteger para além dos previstos na Carta, quiçá de forma mais profunda do que as disposições horizontais parecem consentir, já que não se encontra sujeita aos limites daquela.

Os direitos que resultam das «*tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*» e os direitos tal como os garante a CEDH, foram “apropriados” no corpo da Carta e a articulação dos preceitos que os contêm com aquela Convenção sofre as orientações indicadas nas referidas disposições horizontais. Estamos em crer que esta cláusula terceira vai permitir abrir para além do previsto no n.º 1 do art. 6.º, TUE-L: a referência à Carta enquanto corpo único, e acervo dos direitos fundamentais a proteger pela União.

5 - Uma questão prévia: já vivemos momentos constitucionais da União Europeia?

A modernidade legou-nos um conceito de constituição enquanto documento ordenador de uma comunidade política³⁹. Consentânea com a ideia de Estado soberano⁴⁰, esta concepção interioriza duas ideias básicas: a necessidade de ordenar, limitar, e legitimar o poder político (pacto social); e a de reconhecer, constitucionalizar e garantir os direitos e liberdades dos indivíduos (declaração de direitos). Todavia, a história revelou que o

³⁹ Segundo Vaz, Afonso (2012), p. 45, as funções da Constituição são a construção da unidade política e jurídica da comunidade. A primeira corresponde à função integradora e a segunda à conformadora, ambas condensando os «valores jurídico-políticos fundamentais que servem de critério de validade do direito». O princípio da constitucionalidade exprime a sua supremacia formal e material. Sobre funções da constituição, *vd.* Lassalle, Ferdinand (2013), pp. 42-58.

⁴⁰ Esta concepção assenta numa base contratualista cujas raízes remontam ao pensamento medieval. É a constituição que enquadra o Estado moderno, herdeiro do modelo de *Westfália* (1648), pós-Hobbesiano. A constituição é aqui intrínseca à figura ótica de Estado soberano. Ou seja, na expressão de Bodin, supremo no plano interno e independente no internacional. Na conjuntura do absolutismo, Thomas Hobbes tornar-se-ia um forte defensor do Estado. O «Estado civil» fundar-se-ia num contrato de união, consentido pelos súbditos, a partir do qual os homens deixariam de ser independentes para constituírem uma vontade una, dentro de um ser distinto: o «Leviatham» que exerceria a soberania absoluta em nome da paz. *Vd.* Prélot, Marcel (1974).

vínculo a novas lealdades espartilhou o modelo estatocêntrico: no seio das ordens estaduais irromperam normas de diversas origens, deixando o Estado de ser o único responsável pela produção normativa aplicável no seu espaço e pela sua garantia.

Neste quadro, os ordenamentos nacionais integraram a nova ordem europeia, fundada numa base comum de direito, cultura e valores, num espaço aberto de interconstitucionalidade,⁴¹ estruturado sob uma pluralidade de ordenamentos em articulação mútua não hierárquica.

Ora, os procedimentos constituintes que conduzem à elaboração de textos constitucionais são contemporâneos a momentos constituintes. Neste quadro, a revisão dos tratados dera origem a um processo constituinte *sui generis*, ainda que dominado pelos Estados. Em tais revisões inexistiu um «escopo constituinte» e o seu titular primário: não existindo nação, nem vontade proveniente de um povo, não poderia falar-se de um pacto social fundador de uma nova entidade estadual!

Por isso, para admitirmos momentos constituintes no âmbito da União não podemos conceber que o exercício do poder constituinte de um povo conduz, invariavelmente, à elaboração de uma constituição. Por outro lado, teremos de admitir que nem só o povo pode ser o sujeito de legitimação: a decisão de vários povos integrarem uma entidade política autónoma e o concomitante consentimento de transferência de competências estaduais para os seus órgãos, deve ser vista como uma decisão soberana, no sentido da vontade de partilha de um futuro e de uma identidade

⁴¹ Afirmando que o «Estado constitucional nacional» se transformou em «Estado constitucional cooperativo», *vd.* Queiroz, Cristina (2009), pp. 51 e 408-41; Pernice, Ingolf (2009), pp. 349-407 e 511, desenvolveu o conceito de «união de constituições a vários níveis». Os sistemas políticos dos Estados estariam estratificados a vários níveis – constitucional, internacional, supranacional – em estruturas de sobreposição e sobrevivência, pressupondo: estrutura supranacional; vontade comum dos cidadãos; mútua dependência entre o nível constitucional e o supranacional; e direitos de cidadania. O conceito de interconstitucionalidade, também designado por constitucionalismo *multilevel* ou transnacional é usado para abordar as relações entre constituições em concorrência num mesmo espaço político. *Vd.* Canotilho (2006), pp. 266 ss. Sobre a crise do constitucionalismo como «transição constitucional inacabada e imperfeita», *vd.* Silva, Susana (2011).

comum. A nova unidade política sustentar-se-á no acordo político dos cidadãos das várias comunidades nacionais que a constituíram, materializado na institucionalização da nova entidade transnacional.

Como observa (Martins, 2000: 321), a história teria assistido «à emergência de um poder constituinte a um nível que vai para além do Estado que é o poder constituinte das entidades pós-soberanas e interdependentes» que embora não tivesse irrompido através da elaboração de uma constituição, se foi fazendo de forma evolutiva. Portanto, a decisão dos povos europeus construir um «futuro coletivo», revelou uma nova forma de poder constituinte dos povos dos vários Estados,⁴² revestindo tal decisão natureza constituinte. Esta nova forma ter-se-ia manifestado no momento da elaboração dos tratados (poder constituinte originário ou supremo), no da adesão aos mesmos, nas sucessivas revisões (poder constituinte derivado), e - essencialmente - no momento de elaboração da Carta. Estamos, por isso, em crer que a “Convenção Europeia” que redigiu a CDFUE materializou um procedimento constituinte indireto e atípico!

Ademais, o poder de revisão dos tratados não é totalmente inter-governamental⁴³ pois exige a participação do órgão representativo dos povos, acentuando a parlamentarização do processo, na senda do reforço da legitimidade democrática da União e da democracia representativa. Assim, cada um daqueles atos (adesão, revisão, convenção) evidenciou o exercício de um poder constituinte “misto”, de exercício repartido – entre os órgãos da União e os Estados - cuja dinâmica ultrapassou o somatório das vontades estaduais. Ademais, esta nova identidade fez com que o exercício dos poderes de revisão fosse beber nos

⁴² Falando de «legitimidade extrademocrática» da União, baseada num factor funcional e num factor de identidade axiológico-normativa, «insuficiente para impulsionar um ato de autodeterminação política que possibilitasse a erupção de um poder constituinte europeu», *vd.* Marques, Francisco (2010), p. 201.

⁴³ Neste sentido, como Maulin, Éric (2007), p. 83 afirma: «*L` autorization de ratifier prend une véritable dimension constituante en portant sur l`organization (...) Elle devient la manifestation d`une sorte de pouvoir constituant extérieur que les peuples exercent à l` endroit des engagements internationaux ou supranationaux.*»

princípios fundamentais da União os seus próprios limites, inderrigáveis pelos próprios Estados-Membros.

5.1. - O momento constitucional mais expressivo: A Convenção

Recorde-se que o método de elaboração da CDFUE introduziu um processo de carácter constituinte que abriu uma praxis plena de simbologia no seio do debate constitucional europeu. O seu procedimento assumiu o modelo de legitimação dual, refletindo o pacto entre Estados e cidadãos europeus: os delegados dos parlamentos nacionais e do PE representaram os povos europeus, ampliando a base de legitimação da integração. O método ilustrou a dinâmica do diálogo e do debate aberto no processo de formação da razão pública. A composição da Convenção, a publicidade dos debates, e a formação do consenso⁴⁴, esbateu a preponderância dos Estados. O resultado do seu trabalho tornar-se-ia a peça mais essencial no referencial identitário do processo constitucional da União: a CDFUE. Nas palavras de (Giancarlo, 2005:90), «los derechos fundamentales han sido codificados esencialmente para llevar a cabo una acción de integración entre ordenamientos e identidades diferentes, es decir: para fundar la identidad política e institucional de un ordenamento jurídico general». Neste quadro, o primeiro parágrafo do Preâmbulo, refere que os “povos” da Europa decidiram «*partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns*». Assim destacando o papel dos cidadãos, destinatários da integração europeia que, de forma extraordinária, conduziu à produção de normas de natureza constitucional, alicerçadas em valores comuns.

⁴⁴ Consenso significa acordo entre os membros de uma sociedade. Permite a harmonização de interesses divergentes, mediante um processo de negociação. Caracteriza-se pela ausência de voto escrito e pela elaboração de uma «solução de compromisso», que se adopta por falta de oposição. Consenso não significa unanimidade, pois ninguém goza formalmente de veto, contrariamente às CIG. Concilia a igualdade dos Estados e a proeminência dos grandes, recorrendo a um sistema de decisão sem voto, onde o silêncio significa ausência de objecção. Pode, assim, ocultar uma «coligação de insatisfeitos»: escamoteando minorias insatisfeitas com base num consentimento «quase geral». *Vd.* Bobbio, Norberto; Matteuci, Nicola; Pasquino, Gianfranco (1983), pp. 240-242 e Reuter, Paul (1983), p.106.

Na esteira do pensamento de (Maduro, 2006: 302-306)⁴⁵, a Convenção realizou três propósitos de natureza constitucional: «o escopo da representação», «o carácter da deliberação» e «a politização da Constituição da Europa». Ganhando em proximidade e participação, ganhou também – apesar da predominância do *Praesidium*⁴⁶ - democraticidade no acordo obtido, comparativamente com o resultado das negociações intergovernamentais. A constitucionalização da dimensão representativa da democracia, consubstanciada no exercício de um corpo colegial, exterior aos tratados, seria um momento fundamental na consolidação da defesa dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos de cidadania.

6. O sistema de protecção de direitos da União: A CDFUE e a consolidação do sistema

Tinha havido um tempo em que se pensava não ser necessário prever competências no campo dos direitos fundamentais. Era o tempo em que se cria que o motor da integração económica, espalhando bem-estar, evitaria aquela previsão. Durante esse tempo, ainda que sem catálogo, o Tribunal foi capaz de assegurar os direitos fundamentais enquanto parte integrante dos princípios gerais de direito. Após as suas fecundas incursões, o Tratado de Maastricht formalizou a construção jurisprudencial e o Tratado de Amesterdão introduziu a base constitucional para o Tribunal firmar a sua jurisdição naquele domínio e a exercer nos termos do art.46.º al. d) TUE. Como (Freixes, 2005: 43-86)⁴⁷ salienta, o art. 6.º TUE deste tratado apresentava uma tripla estrutura: funcionava como ponto de conexão de três níveis de ordenamento; como norma de reenvio para a determinação da “lista” de direitos aplicáveis a partir dos direitos da CEDH e das

⁴⁵ *Vd.* Liisberg, Jonas (2011) pp. 1171-1199.

⁴⁶ *Vd.* Martins, Margarida (2005), pp. 603-619. A Autora salienta que a elaboração da Carta, «original e marginal», apesar de aberta e participativa e, por isso, constituindo um precedente, reflectia a direcção burocrática do secretariado do Conselho, por isso não se poderia afirmar «genuinamente participativo.» No mesmo sentido, *vd.* Burca, Grainne de (2001), p. 134.

⁴⁷ Referindo os arts. 2.º, 3.º, 13.º, 17.º a 21.º, 39 a 55.º, 61.º a 69.º, 136.º a 153.º, 163.º a 173.º, 174.º a 176.º, 177.º a 181.º, 190.º, 194.º, 207.º e 255.º TUE, como direitos dispersos e acervo de direitos fundamentais.

tradições constitucionais comuns; e como sede de determinação dos direitos enquanto princípios gerais aplicáveis.

A elaboração de uma lista formal seria a resposta às insuficiências do sistema, contribuindo para a sua clareza, certeza, legitimação e para a inovação dogmática do sistema pretoriano de protecção⁴⁸, materializando uma experiência constituinte no processo de constitucionalização dos tratados⁴⁹, como já referimos. Ora, é da natureza das declarações de direitos possuírem uma vocação centrípeta e serem uma forma de legitimação do poder público. Assim sendo, o advento da Carta viria a implicar uma reflexão sobre o seu impacto, enquanto instrumento de alargamento das competências e de aprofundamento do controlo dos atos estaduais.

É certo de que o conceito de constituição parte da ideia de um texto ordenador máximo de uma comunidade onde se inscrevem as liberdades e os direitos que limitam e organizam o seu poder político. E, é também certo que as constituições não se bastam com a existência de um catálogo, necessitando de um sistema de protecção dos direitos consagrados. De todo o modo, compreendem um sistema de direitos e uma ordenação de princípios, estruturados em torno de valores fundamentais, que orientam a

⁴⁸ Aventando que com base na Carta poder-se-ia perder a capacidade de usar o sistema legal dos Estados como um laboratório vivo de protecção dos direitos, que, caso a caso, foi adoptado às necessidades da União graças ao diálogo entre os tribunais, e que a positivação dos direitos faria regredir e não inovar, caso a mesma não fosse vinculativa, *vd.* Weiler, Josef (2003), pp. 95-97.

⁴⁹ Em sentido contrário, Duarte, Luísa (2000), pp. 131-133, afirma que a Carta não constitucionaliza direitos, codifica-os. Afirmando que a «Carta é ainda a expressão típica da continuidade serena garantida pelo método comunitário dos pequenos passos», seria falacioso estabelecer uma relação direta entre a proclamação de direitos e o poder constituinte, invocando que os instrumentos de protecção de direitos fundamentais não têm natureza constitucional, mas sim identidade internacional. Nega, por isso, uma função revolucionária da Carta, afirmando que o «sistema de protecção dos direitos fundamentais com a Carta se não concebe em termos de instrumento de uma alteração (...). Bem pelo contrário, (...) para além de não lhe ser atribuída força jurídica vinculante, a Carta aparenta não visar alterar de modo algum o equilíbrio existente», não obstante afirmar que «independentemente do seu valor jurídico, o quadro de valorizações da jurisdição comunitária». Em sentido diferente, *vd.* Ramos, Rui (2001), pp. 161-190. Afirmando-a como «um instrumento constitucional de verdadeira construção política», Maduro, Miguel (2006), *op. cit.*, p. 297 e Burca, Grainne (2001), *op. cit.*, p. 126.

interpretação e irradiam a sua influência sobre toda a ordem jurídica. Com a Carta também a União, doravante, partilhou este caminho. A existência de um catálogo de direitos exprimindo um património coletivo de valores reforçou a base ético-jurídica da integração, destacando o seu compromisso com a democracia e contribuindo para a credibilidade da União. A sua elaboração foi o culminar (ou o prelúdio para outros) de um longo processo constitucional que materializou a dimensão básica do constitucionalismo europeu, qual seja: a sua legitimação democrática, respondendo à necessidade de “identidade e identificação”.

Tal como (Tettinger, 2001: 27) escrevia: «El objetivo al que se aspira, aun matizado en la Carta, es más ambicioso; a saber: encontrar las expresiones fundamentales sobre la identidad y la forma de entenderse los europeos a si mismos, y elaborar en forma de garantías de derechos fundamentales los valores centrales capaces de promover su integración». Nessa medida, constituiu um instrumento centrípeto da integração, na via de uma União centrada no indivíduo, sujeito a uma constituição elaborada por, como afirma (Weiler, 2003:97), um «povo de outros povos».

7 - Tipologia dos direitos consagrados: direitos, princípios e objetivos

A Carta incorpora direitos civis e políticos e também económicos, sociais e culturais, evocando, nessa indivisibilidade e universalidade, a DUDH. A sua sistematização em torno daquela trilogia ilustra a sua originalidade. O Título V trata da “Cidadania,” (art. 39.º a 46.º) e a sua inclusão na Carta evidencia a especificidade da União enquanto nova entidade política. Estes direitos, como já referimos, implicam o aprofundamento das práticas democráticas⁵⁰, estreitando as relações com os seus titulares ativos. A qualidade de cidadão implica a titularidade dos direitos cuja fruição não depende apenas das disposições específicas, mas de

⁵⁰ Salientando o seu particularismo em relação aos outros preceitos do Título V, afirmando que as suas fontes de inspiração foram a jurisprudência, os arts. 253.º (fundamentação das Decisões comunitárias), 288.º (direito à reparação por danos) e 21.º, n.º 3, todos do TCE (direito de se dirigir às instituições numa língua oficial), *vd.* Soares, António (2002), p. 63.

uma leitura transcendente dos tratados, tal como se depreende do princípio da não discriminação e das disposições aplicáveis ao acesso e exercício da atividade económica. Este Título retoma o essencial dos tratados (arts. 20.º a 25.º TFUE), duplicando a sua formulação, sendo atribuídos aos indivíduos enquanto membros de uma comunidade e outorgados aos nacionais dos Estados (condição de aquisição). Há direitos reservados a cidadãos; direitos que implicam a residência; e direitos atribuídos a qualquer pessoa. A maioria deles beneficia cidadãos de países terceiros, como é o caso dos direitos de residência, de petição e de queixa.

Constituindo uma prerrogativa face a uma comunidade política, ilustram a existência de um vínculo directo entre os cidadãos e a UE. A eles acresce um direito com origem nas liberdades económicas (art.45.º): o direito de circulação e de permanência que, conferido aos cidadãos e aos nacionais de países terceiros, goza da amplitude que decorre das disposições do tratado e de um profundo tratamento jurisprudencial, que não pode ser aqui abordado.

Estão assim consagrados direitos de participação política, tais como o direito de eleger e ser eleito nas eleições para o PE e para as eleições municipais (art. 39.º e 40.º). O direito a uma boa administração (art. 41.º), de aplicação universal e de natureza próxima aos direitos processuais previstos no Título “Justiça”; o direito ao acesso de documentos (art. 42.º), também não exclusivo dos cidadãos⁵¹; o direito de se dirigirem ao Provedor de Justiça (art. 43.º); e peticionar ao PE (art. 44.º) também invocáveis por qualquer pessoa com residência ou sede na União, assim alargando o universo dos seus beneficiários e reforçando a democraticidade da União; o direito de circular e permanecer no território dos Estados (art. 45.º); e, finalmente o direito de beneficiar de proteção consular e diplomática (art. 46.º), também com natureza política. Do exposto, podemos concluir que a Carta

⁵¹ Este direito traduz a vontade de aprofundamento das práticas democráticas da União enquanto novo ente político, assim estreitando as relações directas com os destinatários do ordenamento da União. Salientando a sua especificidade, *vd.* Soares, António, *op. cit.*, p. 257.

arrola direitos de cidadania e que o art. 15.º, n.º 2, sendo económico e social, muito ligado às liberdades fundamentais igualmente se lhe aplica, até porque a integração europeia presuppõe o desenvolvimento da dimensão social da cidadania. Nas palavras de (Rebello, 2005: 66), a cidadania tem um sentido congregador e «serve de base a um duplo movimento de inclusividade: em primeiro lugar, pela criação de mecanismos de interesses de outros Estados no âmbito dos processos de decisão nacionais, quando tais decisões produzem efeitos fronteiriços; depois, permitindo aos cidadãos da Europa um exercício de direitos, mediado pela supranacionalização do seu estatuto, escolhendo o seu local de residência como ponto referencial para a sua participação cívica e política.»

Reside, sobretudo, nestes direitos a capacidade de expandir as competências da União, em sede de direitos fundamentais. Dotados de várias facetas que vão desde a cívica e política à social, tais direitos superam a visão mercantilista da União, encarando o indivíduo como elemento integrante da *polis*. Elevando tais direitos a estatuto jurídico-político fundamental dos cidadãos dos Estados-membros, o TJUE foi dilatando as conexões necessárias à sua plena protecção, pelo que tal estatuto confere aos indivíduos o direito de não sofrerem qualquer discriminação em função da sua nacionalidade, podendo reivindicar um tratamento não diferenciado relativamente aos cidadãos dos Estados de acolhimento.

Ao longo da sua evolução o TJUE foi afirmando o gozo de tais direitos, inclusive, de forma independente da deslocação transfronteiriça, ampliando o seu regime mesmo face a cidadãos estáticos – posto que estabelecido a necessária conexão com a aplicabilidade do DUE, sob pena do gozo de tais direitos por parte dos cidadãos em mobilidade viesse a dar origem a situações de discriminação inversa relativamente a cidadãos inactivos.

Porém, o sinal dos tempos, tem demonstrado que o TJUE tem negado o direito à aquisição de benefícios sociais (faceta social) relativamente a cidadãos economicamente não activos que não

disponham de recursos suficientes, caso possam constituir um encargo não razoável para o Estado de acolhimento. Tal posição parece consubstanciar uma viragem na tendência do Tribunal no que concerne à solidificação e expansão do que seja “gozo efectivo dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadania”. O Tribunal tem afirmado que tal estatuto não pode implicar a sua instrumentalização à captura dos direitos sociais, com isso tolerando a diferenciação entre cidadãos da União e cidadãos do Estado de acolhimento, em função do tempo e da capacidade económica. Apesar da oportunidade da argumentação do Tribunal receamos que tal motivação condicione o direito de residência dos cidadãos e anuncie um retorno aos fundamentos da Europa do mercado interno.

O problema é, humana e juridicamente, delicado e implica que o TJUE se pronuncie sobre a protecção que a UE oferece a esses cidadãos, tanto no que respeita à sua situação financeira como à sua dignidade. Ora, a verdade é que - não obstante o princípio da igualdade de tratamento, previsto no art. 18.º do TFUE e concretizado no art. 24.º da Directiva 2004/38/CE do PE e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, as últimas decisões do Tribunal traduzem que é permitida tal diferenciação relativamente aos três primeiros meses de residência, ou por período mais prolongado, graças à aplicação conjunta do n.º 2 do mesmo dispositivo com os arts. 14.º, n.º 1 e 7.º, n.º 1, al. b). Por isso, ainda que o considerando 16 do mesmo diploma exalte que não deve haver automaticidade das decisões de afastamento motivadas por solicitação de apoio social por parte destes cidadãos, o Tribunal tem entendido que a aplicação do n.º 2 do art. 24.º cabe na margem de apreciação dos Estados, ainda que tal prerrogativa deva interpretada restritivamente e de modo conforme com aos objectivos da União Europeia. Por isso, a nossa inquietude é esta: a posição do Tribunal face a estes cidadãos permite-nos precisar o alcance actual do direito fundamental à livre circulação - elemento fundador da União - o que comporta o risco de involução do estatuto da cidadania enquanto atributo que acresce aos direitos de nacionalidade e periga as conquistas do estatuto jurídico-político fundamental que assiste a todos os cidadãos.

8 – Momento conclusivo

Apesar de ancorada na nacionalidade dos Estados-membros e, com isso, implicar alguma desigualdade nas condições de acesso e exercício deste direito fundamental, a verdade é que todos os cidadãos europeus gozam de dupla cidadania! Todos vêm os seus direitos acrescidos de modo a fomentar o seu vínculo a uma União que exalta a identidade comum europeia.

Tais direitos, ainda que assumidos como instrumentos de legitimação democrática, impõem limites aos Estados: estes não podem criar novas condições de aquisição e exercício para além das previstas no ordenamento da União. Estão-lhe, por isso, impostos alguns condicionalismos que passam pelo reconhecimento recíproco e que se justificam pelo princípio da não discriminação entre os nacionais dos Estados-membros e pelo respeito dos direitos fundamentais.

Por isso, ainda que o Tribunal vacile no que concerne à dimensão social da cidadania, devemos recordar que todos os cidadãos têm direito a ser tratados de acordo com um “código comum de valores”! Neste contexto, a aplicação dos limites previstos na Directiva 2004/38, deu origem a que o Tribunal exortasse os Estados no sentido da sua vinculação à interpretação conforme ao DUE, assim generalizando o controlo indireto do seu padrão de jusfundamentalidade relativamente às limitações admissíveis aos direitos de cidadania. Não sendo tais limites assimiláveis a competências exclusivas dos Estados a sua interpretação deve – também aqui – assumir a liberdade como regra e a derrogação como excepção. A não ser assim, os direitos de cidadania deixariam de ser a cúpula da integração e o seu mais valioso instrumento de legitimação!

9 – Referências Bibliográficas

- Bobbio, Norberto; Matteuci, Nicola; Pasquino, Gianfranco (1983), Dicionário de Política, vol. I, Brasil: UnB.
- Burca, Grainne de (2001), «The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights», *European Law Review*, Vol. 26.
- Canotilho, Joaquim (2006), “Brançosos” e Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Coimbra: Almedina.
- Duarte, Luísa (2000), União Europeia e Direitos Fundamentais – Métodos de protecção, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Freixes, Teresa (2005), «Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *RDCE*, n.º 4.
- Lassalle, Ferdinand (2013), *O que é uma Constituição?*, Lisboa: Escolar Editora.
- Liisberg, Jonas (2011) «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the supremacy of Community Law?», *CMLR*, n.º 38.
- Maduro, Miguel (2006), *A Constituição Plural - Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais: Principia.
- Marques, Francisco (2010), «O primado do Direito da União Europeia: do ac. Costa c. Enel ao Tratado de Lisboa», *Cadernos O Direito*, n.º 5.
- Martins, Ana (2000), *A natureza jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa: Lex.
- Martins, Ana (2004), *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra: Almedina.
- Martins, Ana (2010), «O Tratado de Lisboa – um passo em frente ou atrás no sentido da constitucionalização da União?», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Martins, Margarida (2005), «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os meios de Tutela Judicial», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim da Silva Cunha*, Coimbra: Coimbra Editora.

- Maulin, Éric (2007), «Le Pouvoir Constituant dans L`Union Européenne», *Droits: Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture juridiques*, n.º 45.
- Pernice, Ingolf (2009), «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action», *CJEL*, 15.
- Prêlot, Marcel (1974), *As doutrinas Políticas*, Livro III, vol. II, Lisboa: Presença.
- Queiroz, Cristina (2009), *Direito Constitucional – As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra: Almedina.
- Ramos, Rui (2001) «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a proteção dos Direitos Fundamentais», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25.
- Rebelo, Marta (2005), *Constituição e legitimidade social na União Europeia*, Coimbra: Almedina.
- Reuter, Paul (1983), *Instituições Internacionais*, Paris.
- Rolla, Giancarlo, «Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Algunas Consideraciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RDCE*, n.º 4.
- Silva, Susana (2011), *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Soares, António (2002), *A Carta dos Direitos Fundamentais da EU – a protecção dos direitos fundamentais do ordenamento comunitário*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Tettinger, Peter (2001), «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RDP*, n.º 51.
- Vaz, Afonso (2012), *Teoria da Constituição – o que é a Constituição?*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Weiler, Josef (2003), *Uma Europa Cristã – contributo para uma reflexão sobre a identidade europeia*, Cascais: Principia.