

JUSTIÇA COMUNITÁRIA E QUALIDADE DA JUSTIÇA: UM DISCURSO DO MÉTODO¹

JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES

Uma visão «desassombrada» sobre as consequências do cruzamento do pensamento económico com a teoria da justiça, numa perspectiva onde o autor não pretende aprofundar toda a história recente entre o direito e economia mas, através de uma metodologia onde são visíveis elementos auto-referenciais, tendo em conta o seu profundo conhecimento do sistema de justiça, especificamente da justiça comunitária, enuncia sugestões para uma análise de fórmulas e métodos de trabalho que respondam a novas exigências do cidadão. Nomeadamente a adopção de critérios de eficiência, racionalidade que permitam afirmar um sistema de justiça de qualidade. Afinal, como conclui, demonstrando que é errado dizer-se que a prática jurisdicional foi definitivamente capturada pelo pensamento normativo, que a justiça não sabe viver fora da clausura disciplinar ou que o processo se alimenta de regras sem sentido.

O título da minha palestra exige uma explicação.

Ao propor-me abordar o tema da "qualidade da justiça", escolhendo, como caso de estudo, a justiça comunitária, foi meu propósito encontrar no *método* utilizado pelo Tribunal de Justiça um elemento explicativo.

Falei, por isso, "num discurso do método".

Não certamente "o discurso do método" cartesiano que pretendeu unificar a análise em todas as ciências, mesmo as que procuram, pela razão, provar a existência de Deus e da alma ou as que, na física, se preocupam com o ritmo cardíaco.

O que não quer dizer que rejeite Descartes, desde logo quando o filósofo reconhece que os silogismos servem mais para explicar as coisas que sabemos, ou mesmo para falar, sem discernimento, das coisas que ignoramos, que para apreender umas e outras.

Gostaria igualmente de esclarecer que não utilizo a noção de "qualidade" para excluir qualquer análise econométrica, das muitas que, nos últimos trinta anos, invadiram o espaço da justiça para descreverem o direito com gráficos, equações e quanto baste de sobrançeria.

¹ O texto reproduz a intervenção proferida, em Lisboa, em 30 de Maio de 2008, no âmbito da Conferência promovida pela revista *Julgár*, sob o título genérico "Qualidade da justiça nas democracias do século XXI".
Foram apenas introduzidos aditamentos com citações de jurisprudência.

Pelo contrário, vou ter em conta os ensinamentos da análise económica do direito.

Indicarei adiante em que sentido.

Preliminarmente, deixem-me recordar um dossier que guardei dos anos já distantes de Abril, em que fui chamado a dar o meu contributo técnico em reformas do sistema judiciário.

Ainda não tinham despontado os grandes nomes da análise económica do direito quando a minha atenção foi despertada por uma dissertação de doutoramento publicada em Espanha, em que se defendia a aplicação de fórmulas matemáticas ao direito e à justiça.

Para justificar uma das teses, havia uma equação que demonstrava a ineficácia de soluções quantitativas na organização da justiça.

A fórmula era aparentemente simples.

Dizia o seguinte:

Sendo limitado o campo de recrutamento, o aumento de operadores judiciários faz baixar a qualidade; a erosão da qualidade gera insegurança jurídica; o aumento da insegurança jurídica potencia a litigância; o incremento de litigância faz subir a procura de justiça; o acréscimo da procura reclama novamente um aumento da oferta, o que quer dizer de operadores; e, por aí fora...

A existência deste círculo parecia-me fazer sentido, independentemente da complexidade das fórmulas.

Muito mais tarde, beneficiário já de outras leituras, referi incidentalmente que a justiça era um "bem escasso", o que desencadeou a censura de alguns notáveis que logo arguíram que, como direito fundamental, a justiça não podia ser um bem escasso.

A resposta parecia-me provar demais.

Mas eram tempos difíceis os que então vigiavam a ortodoxia das minhas intervenções públicas.

Se agora volto ao tema, é apenas para mostrar que os problemas da economia da justiça fazem parte, de há muito, das minhas preocupações.

Regresso à matéria não tanto para aprofundar a relação entre o direito e a economia como ciências mas para, dentro do direito e da justiça, ensaiar algumas sugestões para a análise e formulação de métodos e modelos.

A hipótese que proponho é de utilizar o trabalho jurisdicional como amostra, independentemente da natureza dos saberes, isto é sem necessidade de delimitar o campo (jurídico, económico, sociológico ou outro) em que opera.

De alguma maneira, valho-me da experiência para examinar a medida em que, na justiça, pela adopção de critérios de eficiência ou pela escolha do método, se aplicam, ainda que empiricamente, noções económicas que visam, em última instância, a qualidade.

Uma conclusão que me atrevo a avançar é que, contrariamente ao que pensam alguns sectores, é errado dizer-se que a prática jurisdicional foi defi-

nitivamente capturada pelo pensamento normativo, que a justiça não sabe viver fora da clausura disciplinar ou que o processo se alimenta de regras sem sentido.

Os juristas têm mais "mundo".

Não deve desvalorizar-se o seu contributo.

Em todo o caso, reconheço que a demonstração não é fácil.

Para melhor a situar, é oportuno revisitar o pensamento sobre a análise económica do direito.

Como se sabe, esta análise envolve três tarefas distintas embora relacionadas.

A primeira, tem por objecto a previsão dos efeitos das normas jurídicas; a segunda, a determinação da eficiência das normas jurídicas do ponto de vista económico; a terceira, a previsão das normas jurídicas.

A primeira é fundamentalmente uma aplicação da teoria dos preços; a segunda, da economia do bem-estar (*welfare economics*); a terceira, da teoria da escolha pública (*public choice*)².

Como é geralmente reconhecido, o uso da análise económica do direito parte de uma premissa simples mas controvertida — a de que a única finalidade do direito deve ser a de promover a eficiência económica.

Há dois problemas com esta premissa.

O primeiro reside em que a sua validade depende de se aceitar ou não o ponto de vista utilitarista de que o único bem é a felicidade ou o bem-estar, entendidos não como aquilo que as pessoas deviam querer mas como aquilo que as pessoas efectivamente querem.

O segundo é que a eficiência económica fornece uma medida aproximada daquilo que a maior parte de nós entende por felicidade ou bem-estar mas negligencia o problema das comparações interpessoais de utilidade, pois trata as pessoas como se tivessem todas a mesma utilidade marginal de rendimento³.

São conhecidos os antagonismos entre economistas e juristas.

Os economistas levam em conta o efeito das normas sobre o mercado, o que nem sempre acontece com os cultores do direito. Assim também, os economistas partem do princípio de que as normas jurídicas modificam os comportamentos, asserção que os juristas, algumas vezes, contestam⁴.

Não existem conclusões definitivas sobre a relevância dos estudos económicos relativamente a relações comportamentais, embora haja algum consenso sobre vários pontos, nomeadamente quanto ao poder potencial da abordagem económica no estudo do sector ilegal da economia e da sua interacção com a economia legal⁵.

² David Friedman, *Direito e ciência económica*, Sub Judice, n.º 2, 1996, p. 31.

³ *Idem*, p. 33.

⁴ *Ibidem*, p. 33 e 37.

⁵ Isaac Ehrlich, *Ibidem*, p. 41. Outro aspecto em que a análise económica do direito fornece contributos apreciáveis é o relativo a custos de negociação (*transaction costs*). Foi particu-

No que concretamente se refere à organização e ao funcionamento da justiça, as opiniões são normalmente cautelosas.

Lewis A. Kornhauser⁶ sugere que, uma vez que os sistemas de justiça europeus continentais desempenham papéis e utilizam procedimentos diferentes para resolverem litígios e proferirem decisões, a análise apurada para os sistemas anglo-americanos poderá precisar de algumas modificações.

Uma das vertentes mais interessantes da análise económica é certamente a que aponta para uma concepção instrumental do direito, segundo a qual os juízes escolhem, ou deveriam escolher regras jurídicas, a fim de atingir objectivos específicos e bem definidos.

Esta tese foi originariamente formulada por Richard Posner⁷.

Disse-se que ela ultrapassa o domínio tradicional da economia, pelo facto de se apoiar em argumentos tirados mais da filosofia política que da ciência económica.

As principais críticas incidiram, porém, sobre o facto de que a eficiência não é um critério judicial de decisão.

O processo não fornece ao juiz as informações necessárias para se pronunciar sobre a eficiência relativa das leis. Por outro lado, o fim da função judicial não é enunciar normas, mas velar por que as normas elaboradas pelo legislador sejam equitativamente (ou igualmente) aplicadas e resolver os litígios entre particulares.

Nenhum destes objectivos parece exigir que os juízes respeitem o critério da eficiência⁸.

É conhecida a influência que a análise económica do direito tem tido sobre o pensamento e a prática judiciária, nos EUA, sobretudo depois que um dos seus maiores (Richard Posner⁹) foi nomeado juiz de um tribunal federal de recurso.

Uma das observações mais interessantes a reter da obra de Posner, é a de que, de um ponto de vista económico, o corpo de precedentes judiciais constitui um património de bens de capital, um capital de conhecimentos que presta serviços "durante muitos anos a litigantes potenciais, sob a forma de informações respeitantes às obrigações jurídicas", ainda que, como acontece com todos os bens de capital, se deprecie e decline com o tempo.

A reacção das escolas jurídicas a estas teorias foi frontal e aparece bem sintetizada em Sousa Franco¹⁰, ao denunciar, desde logo, a sua tendência invasiva.

larmente estudado por Ronald Coase, Prémio Nobel da Economia. Ver Manuel Víctor Martins, *Ronald Coase, Na Fronteira da Economia e do Direito*, *Ibidem*, p. 29.

⁶ *A análise económica do direito*, *Ibidem*, p. 43.

⁷ *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 2.^a ed., 1977.

⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁹ A primeira obra de conjunto, subscrita por Richard Posner, apareceu em 1973 (*Economic Analysis of Law*).

¹⁰ *Análise económica do direito Exercício intelectual ou fonte de ensinamento*, *Ibidem*, p. 63 ss.

Para Sousa Franco, a análise económica foi assumindo o tratamento de todos os fenómenos caracterizadores da experiência humana, a partir de um modelo básico de comportamento racional na afectação de recursos relativamente escassos. Assim, para só darmos alguns exemplos, encontramos "a economia da família e das mais diversas instituições, do amor e do sexo, da cultura, da linguagem, da doença e da morte... e também naturalmente, a economia do direito...".

Sousa Franco admite a importância da análise económica do direito na superação do positivismo lógico mas adverte que o sistema jurídico tem fins e valores próprios e que tão inadequado seria encará-lo com o idealismo positivista (que gerou a crise actual do Direito, bem evidente, por exemplo, na produção legislativa, na administração pública ou nas instituições judiciárias) como cair num oposto materialismo económico, igualmente redutor.

O que estaria em causa seria a sobrevivência da visão unidimensional do Direito, em sociedades cada vez mais multidimensionais; ou da prática do positivismo jurídico, num mundo que abandonou o positivismo cientista e cada vez mais se abre aos valores; ou o culto do formalismo jurídico em sociedades que esperam do Direito a realização de valores substanciais, da justiça e utilidade, entre outras mais¹¹.

Que dizer?

Se concentramos 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 a jurisprudência sem a reconstruir, o que significa, distanciando-a do real, frequentemente do próprio real que esteve na sua origem.

Esta situação não é exclusiva do direito.

A história (o problema das fontes torna o exemplo particularmente vigoroso) sofre do mesmo desvio.

Constituída, como actividade intelectual, no cruzamento da medicina e da retórica, a história começou por examinar os factos, procurando as suas causas naturais segundo os princípios da medicina e expondo-os, depois, segundo regras da retórica estabelecidas para a arte da persuasão que se praticava no foro.

A comparação entre o historiador e o juiz estava, por esta razão, predestinada para um grande futuro, como o comprova a filosofia da história, em Schiller e Hegel e, entre nós, a literatura de Miguel Torga, com as suas ideias de "teatro do mundo" e de "último juízo".

Para certos autores, o modelo judiciário teve, sobre os historiadores, um efeito negativo.

¹¹ *Ibidem*.

Conduziu-os a concentrarem-se sobre os acontecimentos que, sem dificuldade, podem ser atribuídos à acção de pessoas concretas mas a descuidar o estudo de todos os fenómenos (história dos grupos sociais, história das mentalidades, etc.) que não se prestam a ser encerrados nesta teia explicativa¹².

A noção de *prova* deixou de estar na moda, do mesmo modo que a de *verdade*.

Tende-se para examinar a fonte histórica exclusivamente como fonte dela própria (da maneira como foi construída) e não os acontecimentos que lhe estiveram na base.

Por outras palavras, as fontes (escritas, iconográficas ou outras) não são analisadas como testemunhos de factos mas como testemunhos de "representações sociais"¹³.

Aconteceu um pouco o mesmo com o direito.

Continuou a utilizar-se a lógica dedutiva quando as decisões judiciais se abriam a condições e a uma estrutura *probabilísticas*.

Efectivamente, 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 é susceptível de decisão.

E se não é, então é porque não é jurídico¹⁴.

O direito assim definido ignora a existência de uma racionalidade jurídica não dedutiva caracterizada pela aplicação de princípios e de regras de experiência e atenta às expectativas criadas a respeito das leis, o que sugeriria uma concepção interactiva, probabilística e dinâmica.

Em primeiro lugar, porque, a organização do poder já não obedece à visão tripartida e mecânica de Montesquieu.

Depois, porque a complexidade social conferiu ao direito um papel regulador que não pode ser comparado com qualquer outra época, o que, aliás, levou à inflação legislativa, à prolixidade do discurso, ao ruído de comunicação e à caducidade prematura das leis.

Se Montesquieu vivesse na actualidade, seria, porventura, tentado a dizer que o "juiz é a boca viva que pronuncia as palavras *mortas* da lei".

O itinerário de método a que, então, me proponho é o da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Previno que o terreno e os resultados da análise se contrapõem, muitas vezes, aos que decorreriam dos sistemas nacionais.

¹² Carlo Ginzburg, site *Le juge et l'historicien*, Ed. Verdier, Liberation.com, p. 4.

¹³ *Ibidem*, p. 6 e 7.

¹⁴ Bernardo Bolaños, *Le droit, machine de turing, rapport de forces ou équilibre bayésien?*, Publications Electroniques de Philosophie Scientifique — Volume 2 (2005), Actes du Colloque de la SOPHA, Montréal 2003.

Descontadas, todavia, significativas diferenças de atribuições, organização e funcionamento, haverá sugestões a ter em conta.

A primeira hipótese consiste em saber como pode um sistema jurisdicional lidar com uma ordem jurídica emergente, como era a comunitária, há cinquenta anos.

Que utilidade tem esta viagem no tempo?

A resposta pode ajudar a resolver problemas de ordens jurídicas emergentes, mas também de ordens jurídicas complexas ou desreguladas.

Diz-se comumente que uma substancial parte do direito comunitário foi elaborada por *via pretoriana*.

Esta asserção é válida, desde logo, quanto aos primeiros tempos, em que se tratava de definir a ordem jurídica que resultava dos Tratados de Paris e de Roma.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça interpelou o direito comunitário em três planos, cada um cheio de consequências.

O primeiro era pressuposto dos demais e retirava dos tratados a ideia de que os Estados-membros tinham transferido para as Comunidades parcelas das suas soberanias.

Tratava-se de uma realidade não meramente tópica.

A construção europeia só podia fazer-se, tendo como pressuposto limitações e cedências de soberania.

Antes que outros utilizassem este pressuposto como objecção, o Tribunal assumiu-o como argumento, ainda assim, não excessivamente difícil de consensualizar num edifício de que só podiam divisar-se os alicerces.

Mas a tese suscitava várias dificuldades.

A primeira era de identidade: o que era, afinal, a "ordem jurídica" comunitária?

Na omissão dos tratados, podia dizer-se que a ordem jurídica comunitária era um OJNI (objecto jurídico não identificado).

O Tribunal respondeu que "a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional", o que significava uma ordem jurídica com características, valores e efeitos diferenciados daqueles até então reconhecidos.

Vinha, depois, a questão da origem e da natureza.

O Tribunal explicou que, em benefício dessa nova ordem jurídica, os Estados tinham limitado, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos cujos titulares são não só os Estados-Membros, mas também os seus nacionais"¹⁵.

Com esta definição, eliminava o risco de assimilação das Comunidades aos demais sujeitos de direito internacional e desvalorizava a controvérsia sobre os modelos de recepção de normas internacionais no direito interno dos Estados.

¹⁵ Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, *Colect.*, p. 205.

Energia, depois, a questão da hierarquia da nova ordem jurídica.

O Tribunal de Justiça estabeleceu o primado do direito comunitário sobre o direito dos Estados membros.

Nos termos do acórdão de 15 de Julho de 1964, *Costa/Enel*¹⁶, a integração, "no direito de cada Estado-Membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado, têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor"¹⁷.

Este elemento era rigorosamente fundador, isto é, condicionava a efectividade da ordem jurídica comunitária e a realização de qualquer objectivo de integração.

As três asserções — aceitação de limitações de soberania, definição da identidade e estabelecimento do primado — repousavam numa interpretação teleológica dos tratados mas também numa leitura das expectativas existentes sobre a Europa.

Não obedeciam, positivamente, a um estrito processo lógico-dedutivo.

Por outro lado, estabeleciam com o legislador comunitário uma relação de diálogo. Este diálogo representa, aos olhos de hoje, um dos mais estimulantes domínios de comparação entre sistemas jurídicos.

Como se sabe, o direito comunitário, pela sua fonte, pela complexidade dos processos de decisão legislativa e pelos antagonismos originados pela tensão integracionista e pelo respeito pelo princípio de subsidiariedade, é um ordenamento lacunar, especialmente vocacionado para a intervenção jurisprudencial.

Aquelas decisões do Tribunal de Justiça desenvolviam considerações sistémicas e soltavam-se do espartilho napoleónico que caracterizava as jurisdições da Europa continental (não esqueçamos que o Tribunal de Justiça fora buscar muito da sua arquitectura organizativa ao Conselho de Estado francês).

Sem representarem activismo judiciário, na acepção em que normalmente se toma este fenómeno, prometiam uma jurisprudência atenta ao sentido, à finalidade e ao contexto das normas.

Esta "revolução" não foi — nem podia ser — "tranquila".

¹⁶ Processo 6/64, *Colect.*, p. 549.

¹⁷ Ver igualmente o Acórdão de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Colect.*, p. 243. Neste acórdão, o Tribunal reiterou que, em virtude do princípio do primado do direito comunitário, as disposições do Tratado e os actos das instituições directamente aplicáveis têm por efeito, nas suas relações com o direito interno dos Estados membros, não somente tornar inaplicável de pleno direito qualquer disposição contrária da legislação nacional mas ainda — na medida em que estas disposições e estes actos fazem parte integrante, com hierarquia superior, da ordem jurídica aplicável no território de cada um dos Estados membros — de impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais na medida em que seriam impedidos de dar imediatamente ao direito comunitário uma aplicação conforme à decisão ou à jurisprudência do Tribunal.

Ainda hoje, algumas décadas passadas, a natureza da ordem jurídica comunitária e o seu primado sobre as ordens jurídicas nacionais continuam a ser objecto de debate doutrinal.

Recorde-se que, quando o projecto de Constituição pretendia "positivar" a solução, o pensamento jurídico de alguns Estados-Membros transformou-se em acção política para desfeitear a "afrota".

E o resultado foi, como se sabe, a sibilina e admirável declaração (17) anexa ao Tratado de Lisboa onde se lê:

"A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência."

"Além disso" — continua a Declaração — "a Conferência decidiu anexar à presente Acta Final o parecer do Serviço Jurídico do Conselho sobre o primado do direito comunitário (...)"

Isto é, à pergunta "o direito da União prima sobre os direitos internos?", o legislador comunitário responde:

"Eles (os juízes) têm-no dito"...

A verdade é que não foi este o único teste.

A jurisprudência comunitária produziu-se, desde início, num discurso relacional relativamente tenso, desde logo a propósito de direitos fundamentais.

Um dos primeiros casos em que a questão de direitos fundamentais foi levantada foi um recurso em anulação contra a Alta Autoridade da Comunidade europeia do carvão e do aço¹⁸.

O requerente alegava que, nas decisões contestadas, os direitos da pessoa, protegidos em praticamente todas as constituições dos Estados membros, continuavam a ser "letra morta".

A interpelação era provocadora.

O Tribunal preferiu contornar o problema, considerando que a Alta Autoridade não era competente para examinar a questão de saber se tinham ou não sido infringidos princípios da lei constitucional alemã.

Seria, contudo, o caso *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁹ a suscitar a reacção mais emblemática do Tribunal de Justiça.

As considerações feitas pelo juiz nacional faziam adivinhar a "dureza" do plano argumentativo.

¹⁸ Acórdão de 4 de Fevereiro de 1959, *Stork*, 1/58, *Colect.*, p. 293.

¹⁹ Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, 11/70, *Colect.*, p. 625.

Dizia a jurisdição de reenvio:

"É necessário partir da ideia de que o parlamento alemão aceitou aderir à Comunidade económica europeia apenas porque supôs que o direito desta comunidade de Estados teria a mesma natureza que a lei constitucional alemã, isto é que os princípios essenciais que estruturam o direito interno seriam protegidos pelo direito comunitário."

O Tribunal de justiça respondeu num capítulo intitulado "A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário", o que logo anunciava retoricamente o carácter programático da decisão.

Em seguida, reafirmou o primado do direito comunitário e a sua natureza como fonte autónoma de direito, aludindo à indispensabilidade destes requisitos para assegurar a uniformidade e eficácia do direito comunitário. Só então proclamou que os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios de direito protegidos pelo Tribunal e que esta protecção, enquanto inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, deve ser garantida no quadro da estrutura e dos objectivos da Comunidade.

Esta argumentação dual (estrutura e objectivos) alicerçava-se numa perspectiva realista das diferenças entre os Estados membros e a Comunidade, particularmente no que respeita à organização do poder, à participação democrática, ao papel das instituições e à importância histórica da economia no domínio legislativo²⁰.

A decisão do Tribunal de Justiça foi recebida com um toque de escândalo em meios jurídicos de alguns Estados-Membros.

Um acórdão do Tribunal Constitucional alemão conhecido por *Solange*²¹ foi visto como uma resposta a *Internationale Handelsgesellschaft*.

O Tribunal alemão decidiu que, enquanto o respeito pelos direitos fundamentais, a nível comunitário, não fosse assegurado pelo Tribunal de Justiça, ele exerceria um poder de revisão sobre o direito comunitário.

Mais tarde (em 1986), *Solange II*²² a justiça constitucional alemã aceitou uma presunção de garantia de que o sistema jurisdicional comunitário protege os direitos fundamentais.

E, se um acórdão do mesmo Tribunal alemão, de 1993, *Maastricht*²³, parecia inverter o sentido de *Solange II*, este viria, no entanto, a ser confirmado por uma decisão de 9 de Janeiro de 2001²⁴.

As repercussões do conceito de "protecção equivalente" tiveram eco na jurisprudência constitucional de outros Estados membros, em particular na Áustria, na Itália, na Espanha e, mais recentemente, na França²⁵.

²⁰ Cunha Rodrigues, *On Internationale Handelsgesellschaft and Nold*.

²¹ BVerfGE 37, p. 271.

²² BVerfGE 73, p. 339.

²³ BVerfGE 89, p. 155.

²⁴ 1 BvR 1036/99.

²⁵ Relativamente à Espanha e à Itália, ver Jasone Astola Madariaga, *Los derechos fundamentales y el derecho comunitario*, Cuadernos Europeos de Deusto, 18/1998, p. 126.

Não surpreende que a jurisprudência relativa à natureza da ordem jurídica comunitária e ao seu primado sobre o direito interno estivesse destinada a este confronto num dos mais simbólicos terrenos da soberania, o ordenamento constitucional e, dentro deste, a questão dos direitos fundamentais.

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 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.

A definição da identidade da ordem jurídica comunitária e do seu primado sobre os direitos internos e o reconhecimento de direitos fundamentais protegidos por esta ordem jurídica, de que o Tribunal de Justiça assegurava o respeito, ilustravam, já nessa altura, uma arquitectura de índole *constitucional*, em sentido material.

Não obstante, comparada com as ordens jurídicas internas, a ordem jurídica comunitária continuava a revelar uma fragilidade decorrente do seu processo de gestação (não a vontade livremente expressa pelo povo mas os tratados internacionais): a inexistência de suficiente coercibilidade das normas.

É certo que se previa um recurso por incumprimento destinado a sancionar o desrespeito, pelos Estados membros, das obrigações que lhe incumbem em execução dos tratados²⁶. Isso não assegurava, no entanto, a existência de regras precisas de efectivação da responsabilidade por violação do direito comunitário.

O Tribunal entendeu que estava no espírito deste sistema de normas uma coercibilidade implícita que se impunha reconhecer e desenvolver.

No acórdão de 19 de Novembro de 1991, *Francovich e.o.*²⁷, considerou que a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos enfraquecida, se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados pela violação do direito comunitário imputável a um Estado-membro.

²⁶ A partir do Tratado de Maastricht, no caso de o Tribunal de Justiça declarar verificado o incumprimento, a não adopção das medidas necessárias podia culminar, a requerimento da Comissão, com a aplicação, pelo Tribunal, de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária (artigo 228.º TCE).

²⁷ Processos apensos C-6/90 e C-9/90, *Colect.*, p. I-5357.

O Tribunal reconheceu que, gozando apenas de competências de atribuição, não dispunha de habilitação explícita.

O que não o impediu de considerar que o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhe são imputáveis era inerente ao sistema do Tratado.

Esta jurisprudência foi confirmada e desenvolvida no acórdão de 5 de Março de 1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*²⁸.

É, porventura, neste acórdão que melhor transparece a base argumentativa utilizada.

Segundo o Tribunal de Justiça, a possibilidade que os particulares têm de invocar normas directamente aplicáveis, perante os órgãos jurisdicionais nacionais constitui uma garantia mínima mas não chega para assegurar a aplicação plena do direito comunitário. Não existindo, no Tratado, disposições que regulem de forma expressa e precisa as consequências decorrentes das violações do direito comunitário pelos Estados-Membros, incumbe ao Tribunal de Justiça, no exercício da sua missão, garantir o respeito dos direitos dos particulares na interpretação e aplicação do Tratado e responder a essa questão de acordo com os métodos de interpretação geralmente aceites, recorrendo, designadamente, aos princípios fundamentais do sistema jurídico comunitário e, eventualmente, a princípios gerais comuns aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Ainda segundo o Tribunal, esta solução é válida para qualquer hipótese de violação do direito comunitário por um Estado-Membro, independentemente da entidade cuja acção ou omissão está em causa²⁹.

O último desenvolvimento desta jurisprudência é o acórdão de 30 de Setembro de 2003, *Köbler*³⁰, em que o Tribunal, considerando que a responsabilidade de um Estado membro por prejuízos causados a particulares por violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis é inerente ao sistema do Tratado³¹, decidiu que o princípio segundo o qual os Estados-Membros são obrigados a ressarcir os danos causados aos particulares pelas viola-

²⁸ Processos apensos C-46/93 e C-48/93, *Colect.*, p. I-1029.

²⁹ O Tribunal respondeu concretamente à questão, a que atrás aludi, da acção por incumprimento. Disse o Tribunal que não se pode admitir, sem pôr em causa o direito à reparação reconhecido pelo ordenamento jurídico comunitário, que a obrigação de reparação que incumbe ao Estado membro possa ficar limitada aos prejuízos sofridos posteriormente à pronúncia de um acórdão do Tribunal de Justiça em que se reconhece o seu incumprimento. Além disso, subordinar a reparação do prejuízo à exigência de uma declaração prévia pelo Tribunal de um incumprimento ao direito comunitário imputável ao Estado membro, seria contrário ao princípio da efectividade do direito comunitário, pois impediria a existência de uma qualquer possibilidade de reparação enquanto o presumido incumprimento não fosse objecto de uma acção intentada pela Comissão.

³⁰ Processo C-224/01, *Colect.*, p. I-10239.

³¹ Acórdãos *Francovich e.o.*, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, já citados, de 26 de Março de 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, *Colect.*, p. I-1631, de 23 de Maio de 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Colect.*, p. I-2553, de 8 de Outubro de 1996, *Dillenkofer e.o.*, C-178/94, C-179/94 e C-188/94 a C-190/94, *Colect.*, p. I-4845, de 2 de Abril de 1998, *Norbrook Laboratories*, C-127/95, *Colect.*, p. I-1531, e de 4 de Julho de 2000, *Haim*, C-424/97, *Colect.*, p. 2445.

ções do direito comunitário que lhes são imputáveis é igualmente aplicável quando a violação em causa resulte de uma decisão de um órgão jurisdicional decidindo em última instância.

Em todas estas decisões, o método argumentativo é sistémico e funcional.

Por vezes, o próprio Tribunal assume que é este o método. Esta declaração permite conhecer a *ratio decidendi* e conformar, de forma genuína, as expectativas das instituições comunitárias, dos Estados membros e dos cidadãos.

Algumas vezes, estas considerações surgem em decisão ulterior e não na decisão fundadora.

É *Brasserie du pêcheur* e não *Franovich* o acórdão que descreve e precisa os princípios e a metodologia aplicados.

A razão está em que, a inovação dificulta o processo de decisão jurisdicional, estreitando a base de consenso, em particular no que se refere à fundamentação, o que conduz a uma maior economia argumentativa.

Esta forma de desenvolver a jurisprudência é uma das características do método utilizado pelo Tribunal de Justiça.

Será de excluir a sua virtualidade em termos gerais?

A resposta é negativa.

A jurisprudência deve consolidar-se pelo reexame de decisões anteriores, eliminando erros, esclarecendo a motivação e respondendo, pela declaração do direito e pela explicitação do método, a interrogações suscitadas, nomeadamente pela doutrina.

Outra das características do método jurisdicional comunitário é a sua capacidade de diálogo com o legislador.

Nestas, como noutras decisões, o Tribunal criou direito, reconstituindo o espírito das normas, como sistema.

Actuou como *judge made law*.

Não foram, em contrapartida, poucos os casos em que o legislador comunitário se fundou nas decisões do Tribunal de Justiça para regulamentar regimes jurídicos, sendo frequente figurarem, nos trabalhos preparatórios ou nos próprios diplomas, referências às decisões que a legislação visa condensar e "positivar"³².

Em qualquer caso, se os *grands arrêts* nos dão preciosas informações sobre o método ao serviço da missão do Tribunal, é o quotidiano da justiça comunitária que melhor exprime as tendências de evolução.

A dialéctica entre o pensamento lógico-dedutivo e a concepção probabilística tornou-se particularmente evidente à medida que se alargou o terreno disciplinar e aumentou a complexidade.

O incremento desta tensão ressalta, com particular evidência, de casos de elevada intensidade técnico-científica.

³² As duas directivas de 2004 sobre mercados públicos (2004/18 e 2004/17) são exemplo de "positivação" de jurisprudência. Outro exemplo é o da directiva 2004/38/CE, relativa ao direito de circulação e residência dos cidadãos comunitários e membros das suas famílias.

É de lembrar que o Tribunal de Justiça presta a maior atenção ao discurso científico mas utiliza com parcimónia as perícias.

Não é difícil sondar as razões.

O perito é um dos agentes menos estudados da instituição judiciária. Permanece, muitas vezes, como "técnico da sombra" ou como portador de saberes que podem contribuir para formar a decisão do juiz mas também para concorrer com ela.

Para contrariar o risco de um agente que introduz no processo certezas maiores do que as que decorrem da lei (fragilizando o mito do positivismo jurídico) diz-se que o juiz é o perito dos peritos.

Esta qualificação é ambivalente.

Pode significar que o juiz é quem decide sobre a questão sobre a qual o perito opina; ou pode traduzir a ideia de que o juiz "julga" os saberes periciais, no processo de reestruturação e reinterpretção da realidade.

Acontece que a chave da operação pericial está mais na "mobilização de premissas" que na conclusão.

Ora, este é um dos aspectos em que a ideia de "economia" como método de adequação dos meios aos fins do processo, pode dar uma ajuda.

Uma maneira de ultrapassar as dificuldades partiria do postulado, já referido, de que todos os problemas jurídicos têm solução e, se não a têm, é porque não são jurídicos. Se as normas substantivas não contêm uma resposta, o litígio decidir-se-ia ainda por força da lei, segundo as regras do ónus da prova.

No entanto, esta solução ilude o problema da complexidade.

A incerteza pode ser a conclusão que se impõe ao juiz com maior grau de evidência.

E, neste caso, a resposta não pode senão basear-se em regras de experiência comum.

Regras traduzidas em princípios.

Entre os princípios que emergiram na jurisprudência comunitária, antes mesmo de codificados, conta-se o da *precaução*.

O primeiro domínio em que o Tribunal de Justiça foi confrontado com este tipo de problemas foi o da livre circulação de mercadorias.

O cenário opunha a circulação de mercadorias à protecção da saúde.

O Tribunal ponderou que "na medida em que subsistem incertezas científicas, no estado actual da pesquisa científica, compete aos Estados membros, na falta de harmonização, decidir sobre o nível a que querem elevar a protecção da saúde e a vida das pessoas³³.

Esta jurisprudência foi, depois, sequenciada numa série de processos relativos a produtos alimentares, levando a um refinamento em que se exigia a prova de que a comercialização representasse um *risco sério* para a saúde.

³³ Acórdão de 14 de Julho de 1983, *Sandoz*, 174/82, *Recueil*, p. 2463.

A partir destes contornos, o Tribunal formulou o princípio, como tal, nos processos ligados à doença das "vacas loucas"³⁴.

Em concreto, o Tribunal reconheceu a legitimidade de uma interpretação do *princípio da proporcionalidade* à luz do *princípio de precaução*, estabelecendo, quanto a este, que "na medida em que subsistirem incertezas, no estado actual da pesquisa científica, compete aos Estados sobre a existência ou o alcance de riscos para a saúde (...), as instituições devem tomar as medidas de protecção sem esperar que a realidade e a gravidade destes riscos seja plenamente demonstrada".

Posteriormente³⁵ o Tribunal de primeira Instância considerou que "ainda que esteja mencionado no tratado apenas em relação à política ambiental, o princípio de precaução tem (...) um campo de aplicação mais vasto. Tem vocação para se aplicar, com vista a assegurar um nível de protecção elevado da saúde, da segurança dos consumidores e do ambiente, em todos os domínios de acção da Comunidade"³⁶.

O *princípio de precaução* incorporou-se, como "estratégia de gestão dos riscos", no processo de decisão da justiça comunitária e tende para a expansão.

Uma das mais recentes aplicações desta jurisprudência é o caso *Andibel*³⁷, em que estava em causa o Regulamento comunitário n.º 338/97, relativo à protecção das espécies de fauna e flora selvagens, e uma lei interna sobre o bem-estar dos animais. A jurisdição nacional reenviara ao Tribunal a questão da conformidade com o artigo 30 do Tratado CE de um regime jurídico nacional que, relativamente à importação, detenção e comercialização de mamíferos adoptava um sistema de lista positiva combinado com a possibilidade de autorizações individuais.

O Tribunal considerou que um pedido de inscrição de uma espécie constante da lista de mamíferos cuja detenção está autorizada não pode ser

³⁴ Acórdãos de 5 de Maio de 1998, *National Farmers' Union e.o.*, C-157/96, *Colect.*, p. I-2211, e *Reino-Unido/Comissão*, C-180/96, *Colect.*, p. I-2265. Em sintonia com o que dissemos quanto à interacção entre jurisprudência e legislação, o Tratado de Maastricht tinha, entretanto, integrado o *princípio de precaução e de acção preventiva*, no Tratado CE, em matéria ambiental (actual artigo 174.º, n.º 2).

³⁵ Acórdão do TPI de 26 de Novembro de 2002, *Artogodan*, Processos apensos T-74/00 e outros, *Colect.*, p. II-4945.

³⁶ Ver, sobre o princípio de precaução, P. Icard, *Le principe de précaution façonné par le juge communautaire*, *Revue du droit de l'Union européenne*, 1-2005, p. 91, Daniele Frazione, *Il principio di precauzione in diritto comunitario*, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milão, 2006, p. 3, Andrea Bianchi, *Principi di diritto, modularità funzionale e relatività normativa: il concetto di precauzione nel diritto internazionale*, *ibidem*, p. 429, Marco Gestri, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario: gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, *ibidem*, p. 459, C. Noiville, *La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution*, *Recueil Dalloz*, Soc. 9 de Maio de 2007, p. 1515, M.-A. Hermitte, *Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution*, *ibidem*, p. 1518, e A. Alemanno, *Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires*, *ibidem*, p. 1527.

³⁷ Acórdão de 19 de Junho de 2008, Processo C-219/07, ainda não publicado.

rejeitado pelas autoridades, a não ser com base numa avaliação profunda do risco que representa a detenção de exemplares da espécie em causa para a saúde pública, para a vida e a saúde dos animais e para a protecção do ambiente. E recordou que, quando se afigurar impossível determinar, com certeza, a existência ou a amplitude do risco face à natureza insuficiente, inconcludente ou imprecisa dos resultados dos estudos realizados, e que a probabilidade de um dano real para a saúde das pessoas ou dos animais ou para o ambiente persista em caso da efectivação do risco, o *princípio de precaução* justifica a adopção de medidas restritivas.

Estes e outros exemplos mostram que o método do Tribunal de Justiça decorre da natureza do direito comunitário e do objecto da regulamentação.

O controlo jurisdicional faz-se sobre um direito de características especiais que se expandiu e procura realizar objectivos antagónicos, desde logo os da integração e de respeito pela diversidade.

Um direito que se inflaciona³⁸.

Esta evolução atenuou as diferenças entre os sistemas *de common law* e de direito escrito e aproximou as dificuldades a enfrentar.

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.

A jurisprudência adopta 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.

Meio século de trabalho jurisprudencial permitiu decantar um vasto conjunto de princípios de que destacaria os da *igualdade*, da *irretroactividade das normas penais*, da *segurança jurídica*, da *confiança legítima*, da *proporcionalidade*, da *efectividade*, 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 reconfirmados segundo as exigências e as finalidades do direito comunitário³⁹.

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*.

³⁸ Lord Denning exprimiu bem a situação. Em 1974, comentava: "Quanto entramos em matérias com um elemento europeu, o Tratado parece-se com a subida da maré. Inunda os estuários e enche os rios. Não pode ser devolvido ao mar, porque o Parlamento decretou que o Tratado será para futuro do nosso sistema jurídico. Igual em valor a qualquer estatuto". Dezasseis anos mais tarde, Denning reconhecia que leis europeias deixaram de ser uma maré que sobe e inunda os estuários e os rios ingleses. "São agora uma espécie de grande vaga que derruba os nossos diques e entra pela terra dentro, alagando campos e casas, para medo e espanto de todos".

³⁹ Cfr. Cunha Rodrigues, *Direito comunitário e transdisciplinaridade*, Coimbra Editora, 2002, p. 32.

Noutra perspectiva, o legislador comunitário e o Tribunal de Justiça (é quanto a este que, por enquanto, se coloca, com maior ênfase, o problema da função interpretativa) procuram, no exercício das suas atribuições, efectivar aquilo que, em linguagem de sistemas, se chama "ambiente amigável".

A justiça comunitária visa a realização da vontade do legislador, numa atitude sensível à natureza dos processos de decisão legislativa, ao contexto normativo e ao próprio discurso jurídico.

Por seu lado, o legislador vai buscar à jurisprudência sugestões para corrigir, refundar, completar ou inovar o direito, tendo presentes situações que a jurisprudência revelou necessitarem de tutela.

Esta cooperação está longe da desconfiança recíproca que domina alguns sistemas nacionais, com as jurisdições erigidas em instâncias críticas da lei e o legislador no papel de vigilante e regulador das deficiências da justiça.

Outro aspecto revelador do método é o precedente.

A justiça comunitária orientou-se, desde cedo, para uma jurisprudência de casos.

Esta opção não possui actualmente o significado que teve, no início, quando, nos Estados continentais, se considerava que se tratava de uma excentricidade dos sistemas de *common law*.

As jurisdições nacionais estão, hoje, na sua maioria, conscientes, da importância de respeitar o precedente.

No entanto, a experiência comunitária (que associa o direito escrito à jurisprudência dos casos) comprovou que os méritos desta solução podem ser mais importantes do que se tinha tradicionalmente intuído.

O respeito pelo precedente permite assegurar elevados padrões de realização da igualdade perante a lei e de segurança jurídica e obter ganhos de eficiência.

Por outro lado, reforça a importância dos factos.

Com efeito, o método é aplicado em dois tempos igualmente cruciais: o primeiro, destina-se a fazer um juízo de comparabilidade de factos (os do caso *sub judice* e os dos processos anteriores), apurando semelhanças e diferenças, para concluir sobre a identidade das situações, sem a qual a solução não poderá basear-se no precedente; o segundo implica o regresso às decisões anteriores para indagar se a solução jurídica então encontrada ainda se adequa a um outro tempo histórico.

Este método é, por isso, uma garantia suplementar de que o juiz procederá a um escrutínio exaustivo dos factos.

Concepção que contrasta com a tendência de orientar o exame jurisdicional apenas para o segundo momento (adequação da solução jurídica anterior), desvalorizando os factos e, logo por isso, não tomando em conta a diferente densidade de condições históricas. Esta tendência favorece a omissão do reexame crítico das decisões anteriores (tanto quanto maior for o número destas) e conduz à cristalização da jurisprudência.

O que tem de surpreendente a comparação entre a generalidade dos países da Europa continental e da Inglaterra é o facto de a proximidade geo-

gráfica e a história comum terem permitido preservar, praticamente na sua pureza inicial, as ideias ou os preconceitos acerca do precedente.

Nos países continentais, só há pouco se começou a questionar a superioridade do direito escrito como emanção da vontade soberana do legislador. Por seu lado, na Inglaterra, a vinculação horizontal (a jurisprudência da Câmara dos Lordes é obrigatória para a própria Câmara dos Lordes) foi até muito tarde um "dogma". Foram os anos sessenta que assistiram à articulação dos princípios de *overruling*, isto é dos termos em que a Câmara dos Lordes pode afastar-se de um seu precedente.

Em síntese, a Câmara dos Lords pode recusar um seu precedente apenas por razões estritas de "justiça, segurança jurídica e coerência". Um precedente manifestamente inexacto não constitui motivo suficiente para justificar um *overruling*⁴⁰.

É oportuno avisar que são de esperar tempos novos para os sistemas que cultivam o individualismo e o cientismo jurisdicional.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou recentemente uma decisão⁴¹ em que condena um Estado pelo facto de o seu Supremo Tribunal produzir jurisprudência contraditória. Nas palavras do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aquela jurisdição, "em vez de desempenhar o seu papel fixando a jurisprudência a seguir, tornou-se ela mesma fonte de insegurança jurídica, reduzindo assim a confiança do público no sistema judiciário". O Tribunal concluiu que esta incerteza jurisprudencial teve por efeito privar o requerente da possibilidade de obter, como outros, a protecção dos seus direitos, o que representa violação do artigo 6.º, parágrafo 1, da Convenção.

O discurso do "método" que descrevi não é, como se vê, estranho ao pensamento jurídico continental.

Um dos equívocos que, por vezes, está na base das nossas teorias de interpretação é a sua pretensa origem românica que explicaria o formalismo, a complexidade e o positivismo lógico-dedutivo.

Muitos autores, no entanto, desfazem este equívoco, conferindo realce, no direito romano, à atenção dada à realidade social, ao seu espírito analítico e ao seu respeito pelo princípio de economia que impõe que se utilize o menor número de meios para atingir um determinado resultado.

Para estes autores, *autonomia, flexibilidade, riqueza analítica e simplicidade* são exactamente as características do direito romano que melhor con-

⁴⁰ Os princípios então elaborados confirmam até que ponto se encontra enraizada a ideia de precedente. Assim, mesmo existindo *overruling*, não é possível alterar o precedente quando, salvo o caso de violação de uma norma fundamental da *common law*, existam considerações não tidas em conta no caso anterior, se demonstre que haveria prejuízo para pessoas que agiram em função da regra antiga, o legislador tiver, entretanto, incorporado a norma anteriormente fixada ou, em matéria cível, uma diferente interpretação não tiver implicações no litígio em causa. Cfr. Isabelle Rorive, *La House of Lords et le principe du stare decisis*, Mélanges offerts à Michel Hanotiau, Bruxelas, 2000, p. 285.

⁴¹ Acórdão de 6 de Dezembro de 2007, Processo 30658/05, *Beian c. Roménia*.

substanciam as razões por que sobreviveu, como o comprovam numerosas expressões e máximas de origem latina utilizadas, ainda hoje, na linguagem jurídica corrente para enunciar os grandes pilares da ética social (*pacta sunt servanda, neminem laedere e suum cuique tribuere*)⁴².

Finalmente, a questão é a do garantismo.

O garantismo jurídico surge como resultado da divergência entre as normas e a prática.

Pretendeu reconciliar estes factores, em tributo à efectividade da lei.

Ainda, aqui, porém, as soluções encontradas tendem para ampliar a rede normativa.

Por outro lado, o garantismo é simplificador.

Elabora mais num plano de validade que de legitimação.

Em termos de legalidade constitucional, por exemplo, o garantismo opta por declarar a *inconstitucionalidade* de uma norma em detrimento da *interpretação conforme* desta, não hierarquiza níveis de protecção, contorna o escrutínio exaustivo dos factos, procura o máximo efeito e opõe a segurança real à segurança normativa.

Na apreciação da conformidade do direito derivado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça propende para evitar a formulação de juízos de invalidade, optando por uma leitura à luz do direito primário.

Em geral, o garantismo serve fundamentalmente para segregar garantismo.

Quanto maior é o número de casos em que se decreta a invalidade da norma (quase sempre em resultado da sua deficiente aplicação), maior é a probabilidade de criação de normas suplementares, que conduzirá estatisticamente ao incremento de situações de má aplicação e, num círculo semelhante ao atrás referido, a uma consequente acção legislativa.

Esta espiral normativa cria má consciência e má opinião pública e é uma das causas do inextrincável amontoado de hipóteses em que se têm convertido alguns ordenamentos processuais.

É também fomentadora de um sentido *armamentista* das reformas, gerando autênticas cidadelas do direito, inacessíveis ao comum dos mortais e apenas expugnáveis por alguns senhores.

Tudo isto para dizer que a qualidade da justiça dispensa as servidões da econometria mas não deve alhear-se da economia como razão de ordem para o método.

E, ainda neste capítulo, uma palavra sobre o tempo.

A economia é intransigente quando mede o tempo da justiça.

Utilizei como padrão a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Uma das razões foi que, devendo a reflexão ocupar um espaço substancial da actividade do juiz, as minhas actuais funções ofereciam-me a oportunidade desta perspectiva singular.

Devo, porém, uma prevenção.

⁴² Ver, por todos, René Robaye, *Le droit romain*, 3.^a ed., Bruxelas, 2005, p. 7 e segs.

O tempo e o método da jurisprudência comunitária não estão, eles próprios, isentos de críticas.

Será eventualmente tema para outra palestra.

Não me impedirei, desde já, de mencionar, a título de exemplo, duas questões.

A primeira é a do papel desproporcionado que, segundo alguns comentadores, exerce a tensão integracionista.

Para alguns autores, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem levado demasiado longe a dimensão constitucional do direito comunitário, utilizando o *princípio do efeito útil* de uma forma que coloniza outras disciplinas jurídicas, por vezes possuidoras, como é o caso do direito penal, de uma identidade axiológica específica.

Em certos domínios, como o do direito internacional privado, aquela jurisprudência estaria a conduzir à revisão de princípios essenciais ou à refundação da própria disciplina.

A segunda questão é a do precedente.

É um terreno, algumas vezes, objecto de críticas.

Comenta-se que o Tribunal raramente reconhece que altera jurisprudência anterior, mesmo quando o faz flagrantemente. Utiliza a técnica das "distinções" para justificar a diferença das situações *sub judice* ou reinterpreta a decisão anterior para a ajustar a uma nova declaração do direito substancialmente diferente. Estas práticas produziriam insegurança jurídica.

Um correcto "discurso do método" exigirá curiosidade intelectual e atenção para observar e distinguir.

E, finalmente, humildade para reflectir, antes de adquirir como definitivo o que pode não passar de espuma dos dias...