

**APRESENTAÇÃO DAS PROVAS PÚBLICAS DA TESE
DE DOUTORAMENTO À UNIDADE E A DIFERENCIAÇÃO
NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA A DIFERENCIAÇÃO
COMO UM PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO PRINCÍPIO
DA UNIÃO**

GRAÇA ENES FERREIRA

Dirijo os meus primeiros cumprimentos ao Senhor Professor Doutor Cândido da Agra, Ilustre Diretor da Faculdade de Direito, e, na sua pessoa, à Universidade do Porto, recordando o privilégio que tem sido para mim colaborar com o Senhor Professor ao longo dos anos, em especial neste ano, integrando o Conselho Executivo. Quero agradecer os indefectíveis apoio e confiança, decisivos em momentos cruciais, para o desenvolvimento do meu trabalho académico.

Cumprimento o Senhor Professor Doutor Fausto de Quadros, e, na sua pessoa, transmito os meus cumprimentos à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Agradeço ter-me dado a honra de integrar o Júri destas provas e, em particular, ter aceitado ser arguente. Devo salientar que a riqueza da obra científica e académica do Senhor Professor constituiu um dos guias fundamentais no desenvolvimento do meu interesse e da minha reflexão sobre o Direito europeu, pelo que desejo exprimir o meu reconhecimento.

Cumprimento igualmente o Senhor Professor Doutor Moura Ramos, e, na sua pessoa, transmito os meus cumprimentos à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, minha sempiterna *alma mater*, agradecendo a honra que me dá ter aceitado fazer parte do Júri destas provas. Nas aulas do Senhor Professor tive o primeiro contacto com o Direito Comunitário, e, por isso, devo ao Senhor Professor o despertar de um interesse intelectual que quis aprofundar dogmaticamente e que me encaminhou até este momento. O meu agradecimento também por essa razão.

Cumprimento também o Senhor Professor Doutor Colaço Antunes, a quem agradeço igualmente ter-me dado a honra de integrar o Júri destas provas. Desejo igualmente exprimir o meu reconhecimento pelas numerosas palavras de encorajamento e apoio, bem como pelos conhecimentos que me proporcionou ao longo destes anos de convivência académica nesta Faculdade.

Cumprimento ainda a Senhora Professora Doutora Cristina Queiroz, exprimindo a honra que sinto por ter aceite integrar o Júri destas provas e, em particular, ser arguente. Aproveito este momento para agradecer os ensinamentos académicos e científicos que recebi, em especial nos anos em que tive a oportunidade de colaborar com a Senhora Professora na lecionação nesta Faculdade. Agradeço ainda o incentivo e o apoio que ao longo dos últimos anos me dirigiu.

Cumprimento de um modo especial o Senhor Professor Doutor Manuel Porto. Nestas breves palavras quero exprimir o meu profundo reconhecimento e gratidão pela disponibilidade para acompanhar-me neste caminho, como Orientador da dissertação de Doutoramento, depois de já me ter acompanhado, de igual modo, na realização da minha dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ao Senhor Professor devo o entusiasmo com que enveredei no estudo da integração europeia e, como discípula, beneficiei do imenso saber académico, científico e institucional que sempre me transmitiu.

*
* *
*

Pretendo nesta breve apresentação indicar as razões e expor as linhas fundamentais da dissertação que apresentei com vista à obtenção do grau de Doutor e que são, agora, objeto destas provas públicas.

Juristas e não juristas concordam que é o Direito que confere à União Europeia uma especificidade única e inédita em vista das estruturas interestaduais que se têm multiplicado na contemporaneidade. E que Direito é ou pode ser o Direito da União Europeia? A investigação que empreendi propõe dar um contributo para essa questão mais vasta e fundamental, partindo e concentrando-se numa perspetiva mais limitada — a relação entre a unidade e a diferenciação normativa.

A escolha do tema teve na sua base a evolução do processo de integração ocorrida a partir do Tratado de Maastricht, em que o aprofundamento e o alargamento da União Europeia eram convocados como exigên-

cias simultâneas. O mote que inspirou esta reflexão foi uma regra lógica, segundo a qual a compreensão e a extensão de um conceito estão numa relação inversa. Analogamente, parecia-me evidente que a legítima e desejável inclusão de novos estados-membros constituía um desafio para o desenvolvimento da integração económica e política da 'jovem' União e igualmente para o seu Direito, para a sua pretensão de unidade sistémica. A diferenciação normativa primária já instituída e, especialmente, o regime da cooperação reforçada demonstravam-no. Pareceu-me indispensável a reflexão dogmática sobre a relação da diferenciação normativa com a unidade do Direito da União. Com esta 'inquietação intelectual' iniciei o empreendimento reflexivo que agora culminou. A pergunta fundamental, em ordem à qual se desenvolveu o percurso investigatório, foi a seguinte: **constitui a diferenciação normativa um verdadeiro princípio jurídico estruturante da unidade do Direito da União Europeia? Ou limitar-se-á a ser um epifenómeno, uma excecionalidade em face da pretensão de plenitude e uniformidade?**

Para 'testar' a hipótese colocada percorri um itinerário que analisa a 'construção' dogmática e institucional-positiva da ordem e do sistema jurídicos da União nas últimas décadas.

A dogmática jurídica distingue dois quadros normativos: o nacional e o internacional. O primeiro dispõe de bases sólidas de legitimidade e garantia, sociais, axiológicas e institucionais, estrutura-se como um sistema, mais do que simples ordenamento, com as características de autoreferencialidade, linearidade, plenitude, hierarquia e efetividade. É o paradigma dogmático que o segundo não alcança, com a sua fundamentação e legitimação derivadas, com a sua fragmentaridade normativa e precaridade institucional e de garantia. A diferenciação normativa no primeiro é um elemento marginal, desfuncional, quando muito tolerado e integrado por razões objetivas, enquanto no segundo é marca essencial e até existencial.

O Direito da União assenta numa base jusinternacional de tratados entre Estados e desenvolveu-se numa aproximação ao modelo estadual. É prova disso a pretensão totalizante e constitucional/federal afirmada na ação das instituições, sobretudo do Tribunal de Justiça, com o concurso ativo ou passivo dos Estados, e acolhida na análise da Doutrina. Apresentei as suas manifestações jurídicas fundamentais ao longo do primeiro título da primeira parte.

A extensão e a intensidade dos objetivos associadas ao princípio dos poderes implícitos e às cláusulas de alargamento complementar da intervenção das instituições praticamente tornaram nominal o princípio da

especialidade e conferiram ao princípio da atribuição um pendor centrípeta. Não se hesitou em fazer uso de conceitos e caracteres inerentes ao Estado soberano e constitucional, como a imediação do ordenamento comunitário, o conceito de 'comunidade de direito', a tutela dos direitos fundamentais, ou os quadros jurídico-institucionais da representação demoparlamentar e da cidadania.

Salienta-se ainda uma regulação uniformizadora, que, fazendo uso dos instrumentos normativos previstos nos tratados, como o regulamento ou a diretiva, se apoia nos princípios da aplicabilidade direta, do efeito direto e da interpretação conforme e contribui para a consolidação da plenitude normativa do ordenamento jurídico comunitário.

A segunda dimensão desta rota revela-se na relação de cariz 'federalizante' estabelecida com os ordenamentos e sistemas jurídicos dos Estados membros. Através de institutos como a preempção, o primado e, em geral, a cooperação leal, constrói-se uma relação hierarquizada, incluindo na cooperação jurisdicional entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais.

Assim, descortinamos na Doutrina e entre os principais agentes políticos — as Instituições e mesmo os Estados — um modelo estadual kelseniano de unidade jurídica.

Mas, o segundo título da Primeira Parte revela os limites e a flexibilidade inerentes no Direito da União. Os limites jurídicos são múltiplos: a ausência da 'competência das competências', os domínios de competência reservada dos Estados membros, a reversibilidade das competências atribuídas. A classificação de competências plasmada na última revisão dos Tratados, consagrando o acervo judicial nessa matéria, revela o domínio competencial dos Estados membros. De igual modo, os princípios reguladores do exercício das competências — a subsidiariedade e a proporcionalidade — assinalam limites óbvios à plenitude normativa. Finalmente, atente-se na incontornável ausência de uma jurisdição territorial e na pluralidade de territórios jurídicos funcionais diferenciados.

Se a flexibilidade centrípeta esteve presente no desenvolvimento do processo, há uma flexibilidade centrífuga revelada na multidimensionalidade e abertura do sistema jurídico da União, verdadeiro 'sistema com sistemas', que convoca constitutivamente os sistemas nacionais e se prolonga na execução e garantia do direito comunitário igualmente com o seu concurso e com respeito da sua autonomia. É demonstrada igualmente na multiplicação dos níveis e sujeitos reguladores, através da agencialização. Não é uma metáfora a imagem de um sistema multinível que se densifica e se efetiva de modo radicular.

A Primeira Parte permitiu-me concluir que o paradigma unitário que prevaleceu, em que sobrelevava a plenitude, a uniformidade e a subordinação, não se revela apto para captar integralmente a natureza do Direito da União. O aprofundamento e o alargamento acrescentam diversidade objetiva e multiplicam preferências políticas e jurídicas, algumas conjunturais, outras autenticamente identitárias, e essa complexidade reforça a flexibilidade. Entre as modalidades de flexibilidade, a diferenciação normativa tem ganho terreno.

Na Segunda Parte, percorri as múltiplas dimensões da diferenciação normativa. Esta sempre esteve presente, assente em razões objetivas, económicas, sociais e geográficas, que se refletiram em regimes específicos como o regime de associação dos Países e Territórios Ultramarinos ou autorizado para as regiões ultraperiféricas. Motivos de idêntica natureza justificavam a admissibilidade de derrogações e medidas de salvaguarda. Esta, contudo, é uma diferenciação tendente para a uniformidade, objetivamente fundada, sem incidência institucional e, com a exceção dos regimes territoriais, temporária.

Em Maastricht, uma modificação fundamental começa a definir-se. Além da diferenciação substantiva dos três pilares, a diferenciação normativa ganha novos contornos, desta feita com incidência institucional e fundada em preferências políticas que conferem isenções subjetivas, como sucede com a União Económica e Monetária e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. A extensão e o aprofundamento da integração fazem-se sacrificando pretensões uniformizadoras. Desenha-se o retorno dos Estados através da intergovernamentalidade. A diferenciação não se impõe exclusivamente, ou sequer maioritariamente, por razões de desenvolvimento. O que já era evidente nas isenções primárias comprovou-se nas cooperações reforçadas instituídas e autorizadas: avançaram por força de preferências políticas. Daí ser esta uma via diferente das derrogações 'tradicionais'.

O instituto da cooperação reforçada foi objeto de atenção particular pela importância teórica e prática que apresenta. Entendo que tem um significado dogmático revolucionário porque traduz o reconhecimento da diferenciação normativa como via constitutiva ordinária da integração jurídica europeia. A sua natureza distingue-o dos restantes tipos de diferenciação, sendo uma modalidade derivada de diferenciação positiva, subjetivamente indefinida, potencial e com incidência institucional. Já demonstrou ser um instrumento válido e útil para o aprofundamento da integração (apesar das vicissitudes do processo, foi a via que permitiu

desbloquear um objetivo que há cinco décadas estava na agenda comunitária — a patente unitária). O seu exato alcance não é firme, não se registando consenso na doutrina. Quando foi entregue a dissertação tinha sido impugnada, pela Espanha e pela Itália, a Decisão de autorização da cooperação reforçada da patente unitária. O Acórdão do TJ, de abril de 2013, concluiu pela improcedência do recurso, embora alguns dos fundamentos mereçam reflexão, como tive oportunidade de salientar.

Embora seja um elemento incontornável do Direito da União, não se deve ignorar o potencial disruptivo da diferenciação, que pode por em risco alguns dos seus princípios fundamentais. O respeito desses princípios é imperativo e sobressai a importância do princípio da coerência. Como concluí, alguns dos regimes de diferenciação previstos ao nível primário são questionáveis a essa luz e também o regime da patente unitária não é isento de críticas.

Na dissertação fiz uma análise sucinta das duas cooperações reforçadas já iniciadas. Já depois da sua entrega houve desenvolvimentos que genericamente corroboram a análise apresentada. Além de se ter executado a cooperação reforçada da patente unitária, foi autorizada uma cooperação reforçada para a criação de um imposto sobre as transações financeiras.

A análise efetuada, em suma, permite concluir que a diferenciação normativa, em que sobreleva o instituto da cooperação reforçada, **torna definitivamente imperativa uma mudança dogmática na compreensão do princípio da unidade do Direito da União**. Ou será que não pode haver aí Direito enquanto sistema, por se porem em causa as pretensões de plenitude, uniformidade, hierarquia e linearidade? A resposta está numa outra perspetiva da unidade jurídica que **articule a plenitude, a uniformidade e a subordinação, prevaletentes em alguns domínios, com a fragmentaridade, a normatividade multiforme, a simples coordenação e o reconhecimento mútuo, em que prevalecem exigências diferenciadoras**. O *ethos* do direito da união é marcado pela diversidade e identidade nacional, pelo que a diferenciação é uma decorrência incontornável. Não é suficiente uma unidade tolerante, integradora da pluralidade, mas uma unidade substancial e estruturalmente plural, intrinsecamente flexível e diferenciada. A aparente contradição é condição de coerência e congruência, condição ontológica essencial e condição de validade epistemológica do sistema jurídico da União. Esse Direito, distinto do nacional e do internacional, corresponde, aliás, à politeia transestadual e pós-nacional que é a União Europeia.

A investigação empreendida comprovou que a **diferenciação normativa constitui um princípio estruturante, ainda que instrumental, do sistema jurídico da União**. As suas razões fundamentais são a identidade e a diversidade, mas igualmente razões objetivas e as preferências políticas dos Estados membros, mesmo que tal se oponha à pretensão de uma ‘grand theory’ constitucional. O percurso da integração encaminhou a dogmática juseuropeia para o constitucionalismo, como não podia deixar de ser à luz do paradigma subjacente que encaminhava o direito europeu para o modelo estadual. Quando a discussão se começa a sedimentar no plano constitucional demonstra-se a incapacidade desse paradigma, facto que tem notáveis consequências para a compreensão dogmática do direito da união — emerge um ‘**paradigma constitucional específico**’ (em que não há uma autonomia constituinte, exceto se e quando chegar a vontade constituinte dos cidadãos europeus). E tem consequências também para o ‘constitucionalismo’ em geral. **O sistema jurídico da União integra os sistemas jurídicos nacionais e obriga a reconfigurar o constitucionalismo em torno de uma matriz estruturalmente plural** (comum, mas não unitária), **heterárquica** (de interação e reconhecimento mútuo) e **relacional** (agonística, porque em busca de um consenso que não anula a divergência e oposição e é capaz de as reconhecer e incluir) **entre soberanias integradas**.

Esta perspetiva do sistema jurídico da União permite ao projeto de integração europeia “ir ao encontro da sua geografia e história”. Aponta, é certo, para uma Europa não-heroica (iconicamente representada por Penélope), com certeza um ‘segundo melhor’ paretiano, mas a única significativa, viável e capaz de agregar e preservar os espaços tendencialmente ‘ótimos’ que são ainda os Estados.

Porto, FDUP, 5 de julho de 2013