

## O TRATADO DE LISBOA E O PRINCÍPIO DO PRIMADO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPÉIA: UMA “EVOLUÇÃO NA CONTINUIDADE”<sup>1</sup>

Recebimento do artigo: 12/06/2008

Aprovado em: 09/12/2008

### *Diogo Freitas do Amaral*

Povoa de Varzim/Portugal

Ministro de Estado e dos Negócios Estrangeiros. Doutor em Direito e Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Nova Lisboa.

### *Nuno Piçarra*

Doutor em Direito e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Nova Lisboa.

### Sumário

I Introdução. II O princípio do primado do direito comunitário sobre o direito dos Estados-Membros: génese, evolução, conteúdo e alcance. III A contrapartida do princípio do primado: a garantia de congruência estrutural entre a ordem jurídica da União Europeia e as ordens jurídicas nacionais quanto aos princípios constitucionais fundamentais. IV A entrada em vigor do artigo I-6.º do Tratado Constitucional implicaria alterações ao conteúdo normativo do princípio do primado actualmente vigente? V Causas e consequências da opção feita pelo Tratado de Lisboa relativamente ao princípio do primado. VI Conclusões.

### Resumo

Este artigo analisa o princípio do primado do direito da União Europeia sobre o direito dos Estados-Membros desde suas origens puramente jurisprudenciais, resultantes, no essencial, do diálogo *sui generis* travado entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e os tribunais nacionais – em que o tema dos direitos fundamentais esteve sempre presente –, até a sua consagração

expressa, embora de modos diversos, primeiro pelo malogrado Tratado que estabelecia uma constituição para a Europa e depois pelo Tratado de Lisboa.

### Palavras-chave

Tratado de Lisboa. Direito da União Europeia. Direitos Fundamentais.

<sup>1</sup> Este artigo tem por base um parecer dos autores datado de 12 de Novembro de 2003 e elaborado a pedido do Gabinete do Primeiro-Ministro, sobre a compatibilidade do artigo 10.º, n.º 1, do “Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa” (relativo ao princípio do primado do direito da União Europeia) com a Constituição da República Portuguesa.

**Abstract**

*This article deals with the principle of supremacy of EU law over Member States law from its purely jurisprudential origins, resulting essentially from a sui generis dialogue between the Court of Justice of the European Communities and the national courts – where the question of fundamental rights has always been present –, until the expressed*

*establishment of such principle, although in different ways, first by the failed Treaty establishing a Constitution for Europe and later by the Treaty of Lisbon.*

**Key words**

*Treaty of Lisbon. EU Law. Fundamental Rights.*

**I Introdução**

1. O mais recente instrumento de revisão do Tratado da União Europeia (TUE) e do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007, optou por não inscrever formalmente o princípio do primado no articulado de nenhum deles, nem em nenhum dos protocolos que lhes anexou.

A Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa limitou-se a contemplar tal princípio na Declaração n.º 17 anexada à Acta Final, tendo por epígrafe “Declaração sobre o primado do direito comunitário”, redigida nos seguintes termos:

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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Para ser plenamente congruente com o conteúdo da Declaração n.º 17, a sua epígrafe deveria ser “Declaração sobre o primado do direito da União Europeia”, tanto mais que, por força do artigo 2.º, ponto 1, do Tratado de Lisboa, o TCE passa a denominar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e em todo o seu texto, salvo duas excepções, “os termos «a Comunidade» ou «a Comunidade Europeia» são substituídos por «a União», os termos «das Comunidades Europeias» ou «da CEE» são substituídos por «da União Europeia» e os adjectivos «comunitário», «comunitária», «comunitários» e «comunitárias» são substituídos por «da União»” (ponto 2.a). Além disso, de acordo com o artigo 1.º, terceiro parágrafo, in fine, do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa, “a União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia”. Note-se, desde já, que a substituição e sucessão da Comunidade Europeia pela União Europeia (UE), assim determinada pelo Tratado de Lisboa, marca simultaneamente a generalização do “método comunitário”, na sua bem conhecida singularidade institucional, decisória e normativa, ao conjunto das matérias abrangidas pela competência da UE, com a importante excepção das que constam do Título V do TUE (acção externa da União e política externa e de segurança comum). Por isso mesmo, autores como Maria Luísa DUARTE, “Nota de apresentação” in DUARTE, Maria Luísa, e LOPES, Carlos Alberto, **Tratado de Lisboa**, Lisboa, 2008, p. 8, e Paulo de Pitta e CUNHA, **O Tratado de Lisboa**. Génese, conteúdo e efeitos, Lisboa, 2008, p. 37, entendem que a generalização do método comunitário no âmbito da União Europeia deveria ter implicado a manutenção dos termos excluídos do texto dos Tratados. Recorde-se a este respeito que o Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa, de que a seguir se

Lê-se na mesma declaração que a Conferência decidiu ainda anexar à Acta Final o parecer do Serviço Jurídico do Conselho da União Europeia (UE) de 22 de Junho de 2007 (documento 508/07). De acordo com ele, “decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o primado do direito comunitário é um princípio fundamental desse mesmo direito. Segundo o Tribunal, este princípio é inerente à natureza específica da Comunidade Europeia. Quando foi proferido o primeiro acórdão desta jurisprudência constante (acórdão de 15 de Julho de 1964 no processo 6/64, Costa contra ENEL), o Tratado não fazia referência ao primado. Assim continua a ser actualmente. O facto de o princípio do primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça”. Na única nota de rodapé, o parecer reproduz a formulação que o citado acórdão deu ao mesmo princípio<sup>2</sup>.

2. Neste aspecto crucial, o Tratado de Lisboa difere inequivocamente do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa, assinado em Roma em 29 de Outubro de 2004 e ratificado por dezoito Estados-Membros, mas cuja entrada em vigor ficou irremediavelmente comprometida, como se sabe, na sequência dos resultados negativos dos referendos a que foi sujeito em França e em Holanda, respectivamente em 29 de Maio e 1 de Junho de 2005. Com efeito, o chamado Tratado Constitucional, que pretendia revogar e substituir os dois tratados revistos pelo Tratado de Lisboa, inscrevia o princípio do primado no seu artigo I-6.º, nos termos do qual “a Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-Membros”.

Ao fazê-lo, o Tratado Constitucional inspirou-se manifestamente em preceitos de Constituições federais conhecidas<sup>3</sup>. Com isto, não optou, todavia, por qualquer solução substancialmente “revolucionária” destinada a reger as relações do direito da União com os direitos dos Estados-Membros<sup>4</sup>. Tal como o indica o parecer

falará, determinando igualmente a substituição e a sucessão da Comunidade Europeia pela UE, não deixava de conter uma disposição (artigo I-1.º, n.º 1, segunda parte) nos termos da qual “A União (...) exerce em moldes comunitários as competências que [os Estados-Membros] lhe atribuem” (ênfase acrescentada).

<sup>2</sup> Ver infra, II.1. e nota 10.

<sup>3</sup> Pense-se, por exemplo, no artigo 31.º da Lei Fundamental de Bona, nos termos do qual “o direito federal prevalece sobre o direito dos Estados”, ou mesmo no artigo VI, n.º 2, da Constituição dos Estados Unidos da América, segundo o qual “esta Constituição (e) as leis dos Estados Unidos aprovadas em sua execução (...) constituirão o direito supremo do país”.

<sup>4</sup> Como observa COSTA, José Manuel Cardoso da, “O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, **Ab Uno ad Omnes**. 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1364-1365, as questões suscitadas a este propósito colocam-se a dois níveis necessariamente conexions: (1) o da natureza da relação entre as normas emanadas da União e as de fonte nacional; (2) o da articulação dos mecanismos de controlo judicial

190 supracitado, o princípio do primado, apesar de sua não consagração formal nem no TUE nem no TCE, faz parte do direito positivo que rege a União desde o acórdão Costa/ENEL. Firmou-se, contudo, através de via muito própria, inconfundível com a via federal clássica.

Ora, ao inspirar-se abertamente em fórmulas constantes de constituições federais, o artigo I-6.º do Tratado Constitucional acabou por fazer tábua rasa da “via muito peculiar” trilhada no âmbito da UE para se chegar à consagração do princípio do primado de seu direito, ou da parte mais importante dele, isto é, o direito da Comunidade Europeia, actual I Pilar daquela<sup>5</sup>. Por isso mesmo, na sequência dos dois referendos negativos, o artigo I-6.º foi entendido como disposição cuja não retomada pelo Tratado de Lisboa contribuiria para marcar a diferença em relação ao Tratado Constitucional, tanto mais que o princípio fundamental que pretendia explicitar já integrava, há muito, o acervo normativo da UE.

3. O presente artigo pretende analisar o sentido e o alcance jurídicos deste “re-cuo” do Tratado de Lisboa em relação ao Tratado Constitucional.

Para o efeito, começa por recordar sucintamente a gênese, a evolução, o conteúdo e o alcance do princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, estabelecido pelo Tribunal de Justiça da UE (TJ) em estreita articulação com os tribunais dos Estados-Membros (II). Desta análise é incidível aquela cujo objecto é a “contrapartida” exigida ao TJ pelos tribunais nacionais, “liderados” por alguns tribunais constitucionais, em troca da aceitação do princípio do primado do direito da UE. Tal “contrapartida” consiste na garantia da efectiva sujeição das normas da União destinadas a prevalecer nas ordens jurídicas dos Estados-Membros a parâmetros de validade essencialmente coincidentes com os que integram o “núcleo

interno e de controlo judicial da União.

<sup>5</sup> No âmbito do actual III Pilar da UE (Título VI do TUE, “Disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal”) – que o Tratado de Lisboa eliminou, transferindo as matérias nele abrangidas para o Título V da Parte III do TFUE – o TJ já teve ocasião de explicitar, no acórdão de 16 de Junho de 2005, Pupino, processo C-105/03, n.º 43, um dos corolários do princípio do primado, que é o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE e, concretamente, com as decisões-quadro adoptadas nos termos do artigo 34.º, n.º 2, alínea b), do TUE. Note-se, contudo, que o actual Título VI levanta obstáculos inultrapassáveis a que o seu direito prime sobre o direito dos Estados-Membros em termos idênticos ao direito comunitário, ao excluir expressamente o efeito directo dos actos jurídicos vinculativos que enumera [cf. o artigo 34.º, n.º 2, alíneas b), *in fine*, e alínea c)]. Na realidade, como bem notou LENAERTS, Koen, **Le Juge et la Constitution aux États-Unis d’Amérique et dans l’Ordre Juridique Européen**, Bruxelas, 1988, p. 647, a declaração, pelo TJ, do efeito directo do direito comunitário, sempre que tal se revelou tecnicamente possível (isto é, estando-se em presença de um preceito “claro, preciso e incondicional”), equivaleu no essencial à aplicação de uma *Supremacy Clause* desse direito. Trata-se de um dos elementos da “via peculiar” de consagração do princípio do primado na ordem jurídica da UE, o qual, como se verá melhor adiante (II.2.), não pressupõe necessariamente superioridade hierárquica.

duro” das constituições nacionais, a começar pelos direitos fundamentais (III). É, de resto, este aspecto que constitui a maior singularidade do processo que culminou na consagração do princípio do primado na ordem jurídica da UE em termos *práticos* equivalentes aos de uma constituição federal, sem a União dispor das características fundamentais de um Estado federal, sem os Tratados em que ela se funda serem uma constituição *stricto sensu* e, em todo o caso, sem conterem nenhuma disposição assimilável ao artigo I-6.º do Tratado Constitucional.

É à luz do que for apurado neste contexto que poderá responder-se à questão de saber se a entrada em vigor do artigo I-6.º do Tratado Constitucional implicaria, ou não, alterações ao conteúdo normativo do princípio do primado já então vigente. Trata-se, por outras palavras, de determinar o carácter materialmente inovador, ou não, daquele artigo, independentemente da adequação ou inadequação do seu teor literal (IV).

Será então chegado o momento de apreciar a solução consagrada pelo Tratado de Lisboa quanto a seu sentido e alcance normativos e, em especial, quanto à sua “conformidade sistémica” com a própria UE (V) e de tirar conclusões (VI).

## **II O princípio do primado do direito comunitário sobre o direito dos Estados-Membros: génese, evolução, conteúdo e alcance**

Não foi obviamente com o direito comunitário que o problema do primado do direito de fonte externa sobre o direito interno colocou-se pela primeira vez nos Estados-Membros. O direito internacional resolve-o, como se sabe, exigindo que os Estados respeitem as obrigações dele decorrentes, sob pena de desencadearem retrospectivamente a sua responsabilidade, mas deixando aos respectivos direitos constitucionais a tarefa de regular as relações entre as normas de direito internacional e as normas de direito interno. Muito diferente foi a via seguida pelo direito comunitário.

1. Seis anos e meio depois da entrada em vigor do Tratado de Roma, e apesar da ausência de preceito equiparável ao artigo I-6.º do Tratado Constitucional, o TJ veio estabelecer, no acórdão Costa/ENEL<sup>6</sup>, o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, enquanto princípio estruturante do próprio ordenamento comunitário. Seria este, pois, e não os ordenamentos constitucionais

<sup>6</sup> Acórdão de 15 de Julho de 1964, 6/64, **Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias 1962-1964** (Colect.), pp. 549 ss.

192 dos Estados-Membros, a regular exclusivamente as relações entre direito comunitário e direitos nacionais, em termos de primado do primeiro sobre os segundos<sup>7</sup>.

A questão assumia tanto mais importância quanto o TJ, no acórdão Van Gend & Loos<sup>8</sup>, proferido no ano anterior, que tinha declarado de efeito directo e, portanto, invocáveis pelos particulares junto dos tribunais nacionais – os órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito comunitário – todas as disposições claras, precisas, completas e incondicionais do Tratado de Roma, ainda que apenas contivessem obrigações para os Estados-Membros. Ora, para poder produzir tal efeito, as disposições de direito comunitário teriam inevitavelmente que primar sobre o direito nacional, no preciso sentido de que deveriam poder afastar as disposições contrárias deste, mesmo não sendo necessariamente dotadas de superioridade hierárquica em relação a ele.

É de recordar que o TJ enunciou pela primeira vez o princípio do primado no quadro do reenvio prejudicial (actual artigo 234.º do TCE), em resposta à questão colocada por um juiz de primeira instância italiano, acerca da compatibilidade de uma lei interna com determinadas disposições do então Tratado CEE. E cabe também recordar que, no processo prejudicial perante o TJ, o governo italiano alegou a “inadmissibilidade absoluta”, para o juiz nacional, de interrogar aquele tribunal a tal respeito. Isto porque a Constituição italiana vedava aos juízes a desaplicação de quaisquer normas legais internas. Tal proibição absoluta, de fonte constitucional, impediria, pura e simplesmente, o juiz nacional de recorrer ao artigo 234.º para aquele efeito. Se, ainda assim, o fizesse e se do acórdão prejudicial do TJ viesse eventualmente a resultar a incompatibilidade da lei nacional com o direito comunitário, nem por isso o juiz *a quo* ficaria desvinculado da obrigação constitucional de aplicar a lei nacional posterior ao caso concreto<sup>9</sup>.

Reconhecendo-se sem competência, no quadro do reenvio prejudicial, para “decidir sobre a validade de uma medida de direito interno face ao disposto no Tratado, como lhe é possível fazer no âmbito do artigo 226.º” (relativo à acção por incumprimento), o TJ considerou que apenas lhe cabia interpretar os preceitos do Tratado

<sup>7</sup> Sobre o tema, ver QUADROS, Fausto de, **Direito da União Europeia**, Coimbra, 2004, pp. 396 ss., especialmente, pp. 400-401; MARTINS, Ana Guerra, **O Projecto de Constituição Europeia**. Contribuição para o Debate sobre o Futuro da União Europeia, Coimbra, 2004, pp. 60 ss. e especialmente p. 62; WITTE, Bruno de, “Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international”, *Noi si mura*, Florença, 1986, pp. 257 ss.

<sup>8</sup> Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, 26/62, **Colect.** 1962-1964, pp. 205 ss.

<sup>9</sup> De mais a mais, o próprio Tribunal Constitucional italiano, em acórdão proferido pouco antes (n.º 14, de 9 de Março de 1964, Costa/ENEL, **Giurisprudenza Costituzionale**, 1964, pp. 129 ss.), tinha-se declarado incompetente para apreciar a compatibilidade com o direito comunitário de uma norma legislativa interna posterior, por considerar ambas pertencentes ao mesmo escalão hierárquico-normativo, aplicando-se por conseguinte o princípio *lex posterior priori derogat*.



invocados pelo juiz nacional tendo em conta os dados jurídicos por este expostos. E com base nos argumentos de que (1) diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE instituiu uma ordem jurídica própria, isto é, um corpo de normas aplicável aos Estados-Membros e aos seus nacionais, que se impõe aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, e de que (2) a limitação, ainda que em domínios restritos, de direitos soberanos assim efectivada torna impossível para os Estados-Membros “fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior”, o TJ concluiu caber ao juiz nacional a desaplicação de uma norma legal sempre que ela se revele em contradição com o direito comunitário, afastando portanto, em tal hipótese, a obrigação constitucional absoluta de vinculação à lei interna.

O TJ invocou ainda a favor do primado do direito comunitário o argumento de que a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado-Membro para outro em função da legislação interna posterior, sem pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado de Roma referida no artigo 10.º, segundo parágrafo, e sem provocar uma discriminação em razão da nacionalidade proibida pelo artigo 12.º.

Não podendo basear sua formulação final do princípio do primado – “ao direito emergente do Tratado, emanado de fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto *em juízo* um texto interno, qualquer que seja” (ênfase acrescentada)<sup>10</sup> – em nenhuma *Supremacy Clause* constante do Tratado de Roma, o TJ acabou por não escapar à apagogia, isto é, a um raciocínio que consiste em provar uma tese pela exclusão (refutação) de todas as outras<sup>11</sup>. Com efeito, ao argumentar que, se os juízes nacionais não estivessem sempre obrigados a fazer primar o direito comunitário sobre o direito nacional contrário, o primeiro perderia a sua natureza comunitária e seriam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade, o TJ estava essencialmente a procurar provar a sua proposição – “ao direito emergente do Tratado não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja” – excluindo as proposições contrárias [ao direito emergente do Tratado podem ser opostos em juízo (determinados) “textos internos”]<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> É precisamente este o excerto do acórdão Costa/ENEL reproduzido pelo parecer do Serviço Jurídico do Conselho que complementa a supracitada Declaração n.º 17 sobre o primado do direito comunitário, anexada ao Tratado de Lisboa.

<sup>11</sup> Cf. LALANDE, André, **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**, Volume I, Paris, 1991, p. 66, onde a apagogia é considerada afim da abdução, ou seja, o raciocínio cuja conclusão é imperfeita e, portanto, apenas verosímil ou plausível.

<sup>12</sup> Cf., em sentido semelhante, CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra, 2003, p. 1375, que resume a retórica argumentativa do TJ nos seguintes termos: “o ordenamento comunitário é superior porque tem de ser superior, sob pena de não existir ordenamento comunitário”; ver também as críticas de MORAIS, Carlos Blanco de, **Justiça Constitucional**, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, pp. 493-496.

2. A formulação dada pelo TJ ao princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional coincide, à primeira vista, com aquela que a segunda parte do citado artigo VI, n.º 2, da Constituição norte-americana confere ao princípio do primado do direito federal, ao impor aos “juizes de todos os Estados” obediência à Constituição e às leis federais, “ainda que a constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”<sup>13</sup>.

No entanto, o princípio do primado, tal como estabelecido pelo TJ, não pressupõe necessariamente uma relação de infra e supra-ordenação entre ordenamentos, como a que é inerente à Constituição norte-americana, ou a qualquer outra constituição federal, não valendo como exigência de prevalência hierárquica. Com efeito, uma coisa é o primado do direito da União Europeia sobre as normas nacionais, incluindo as constitucionais, essencial para garantir a aplicação uniforme e efectiva daquele direito. Outra coisa muito diferente é inferir daí que a autoridade das constituições dos Estados-Membros seria delegada pela autoridade constitucional da União, tal como acontece na generalidade dos Estados federais<sup>14</sup>. A diferença de natureza (jurídico-política) entre a UE e um Estado federal não pode deixar de ter consequências no modo de compreender e estruturar o “primado”.

Pode, por isso, dizer-se que o direito da UE prima sobre o direito nacional não por lhe ser superior, mas porque é materialmente competente para regular o caso concreto – tendo os Estados-Membros, no correspondente domínio, “limitado os seus direitos soberanos”, para utilizar a expressão do próprio acórdão Costa/ENEL. Por isso é que, ao contrário do que normalmente se verifica nos sistemas federais, “a operatividade do primado como critério de resolução de conflitos inter-normativos não interfere com a validade da norma interna desalojada pela norma comunitária”<sup>15</sup>.

Mesmo que, do ponto de vista da resolução do litígio subjacente, os resultados práticos da aplicação do princípio do primado no ordenamento da UE e num ordenamento federal coincidam no essencial – tal litígio acabará por resolver-se, consoante o caso, com base na norma de direito da UE ou na norma de direito federal e, portanto, mediante o afastamento da norma estadual contrária –, o *iter processualis* difere substancialmente de um ordenamento para outro. Enquanto, num ordenamento federal, qualquer norma estadual pode ser invalidada por contradição com uma norma relevando daquele ordenamento – e isto por acção de um tribunal

<sup>13</sup> Ver o acórdão da *Supreme Court*, Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).

<sup>14</sup> Neste sentido MADURO, Miguel Poiães, **A Constituição Plural**. Constitucionalismo e União Europeia, Cascais, 2006, p. 353.

<sup>15</sup> Assim, DUARTE, Maria Luísa, **União Europeia e Direitos Fundamentais** – No Espaço da Internormatividade, Lisboa, 2006, p. 272-273.



federal competente para sindicar e anular, em recurso judicial, sentenças dos tribunais estaduais com fundamento na violação do direito federal –, no ordenamento da UE apenas os *tribunais nacionais* são competentes para desaplicar normas internas contrárias ao direito da UE, e em *circunstância nenhuma* cabe recurso judicial para o TJ das decisões dos tribunais nacionais fundado na má aplicação ou na desaplicação do direito da UE.

Sob este prisma, bem pode afirmar-se que é precisamente a aceitação, por parte dos *tribunais nacionais*, do seu mandato para serem também tribunais descentralizados da UE que melhor distingue o primado do direito desta de qualquer ordenamento federal<sup>16</sup>.

3. O acórdão Costa/ENEL tornou-se o “precedente” que permitiu ao TJ, sempre em resposta a questões prejudiciais colocadas pelos tribunais nacionais, regular exaustivamente as relações entre o direito comunitário e o direito dos Estados-Membros, de acordo com o princípio do primado.

A este respeito, o acórdão Simmenthal<sup>17</sup> veio estabelecer para qualquer juiz nacional o dever de, no âmbito das suas competências, aplicar integralmente o direito comunitário e proteger os direitos que este confere aos particulares, afastando toda a disposição contrária de direito interno, seja anterior ou posterior à norma comunitária. No caso concreto isto implicou, mais uma vez, a desaplicação, pelo juiz nacional, de uma norma da constituição de um Estado-Membro (no caso, o artigo 11.º da Constituição italiana), interpretada pelo respectivo Tribunal Constitucional no sentido de que a contradição do direito interno com o direito comunitário configura um caso de inconstitucionalidade, pelo que teria de ser aquele tribunal a apreciar a questão com vista à eventual remoção da norma interna<sup>18</sup>.

Com efeito, segundo o TJ, em resposta à questão prejudicial de interpretação que lhe foi remetida, “o juiz nacional tem obrigação de assegurar a protecção dos direitos conferidos pelas normas da ordem jurídica comunitária, sem ter de solicitar ou esperar a prévia eliminação efectiva, pelos órgãos competentes, de eventuais medidas de direito interno constituindo obstáculo à aplicação directa e imediata das normas comunitárias”. E isto como corolário do poder-dever, decorrente, em última análise, do princípio do primado do direito comunitário, “de aplicar integral-

<sup>16</sup> Neste sentido, WITTE, Bruno de, “Direct effect, supremacy and the nature of the EU legal order” in CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de (org.), **The Evolution of EU Law**, Londres, 1999, p. 209.

<sup>17</sup> Acórdão de 9 de Março de 1978, 106/77, **Colect. 1978**, pp. 243 ss., n.º 21.

<sup>18</sup> Ver o acórdão n.º 232, de 22 de Outubro de 1975, ICIC, **Giurisprudenza Costituzionale**, 1975, p. 2211 ss., consubstanciando, por força da jurisprudência do TJ sobre o primado do direito comunitário, uma inflexão relativamente ao acórdão de 9 de Março de 1964, supracitado na nota 9.

196 mente este direito e de, no momento da aplicação, fazer tudo o que é necessário para afastar as disposições nacionais que constituam, eventualmente, um obstáculo à plena eficácia das normas comunitárias<sup>19</sup>.

Outro acórdão de referência obrigatória neste contexto é o *Factortame*<sup>20</sup>, pelo qual o TJ reconheceu ao juiz nacional o poder de, com vista a assegurar a plena eficácia do direito comunitário, suspender uma lei nacional até poder ser devidamente determinada pelo mesmo juiz, com auxílio do TJ, a compatibilidade ou incompatibilidade dessa lei com o direito comunitário e, portanto, sua aplicabilidade ou inaplicabilidade ao caso concreto. Tal traduziu-se, na prática, no afastamento do princípio, então firme no ordenamento constitucional britânico, da soberania do Parlamento e, por conseguinte, da proibição de os juízes desaplicarem ou suspenderem as leis por ele aprovadas<sup>21</sup>.

4. Mais recentemente continua a registar-se jurisprudência do TJ em que o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional é interpretado no sentido de impor a desaplicação de normas constitucionais contrárias a disposições de direito comunitário, tanto originário como derivado.

No primeiro caso, está o acórdão Comissão/Luxemburgo<sup>22</sup>, em que, no quadro de uma acção por incumprimento, o TJ veio considerar improcedente a invocação por aquele Estado-Membro do artigo 11.º, n.º 2, da sua Constituição – que em princípio reserva aos nacionais luxemburgueses a admissão aos empregos civis e militares do Estado – para justificar uma derrogação ao actual artigo 39.º, n.º 4, do TCE, interpretado em jurisprudência constante no sentido de que apenas podem ser reservados aos nacionais dos Estados-Membros os empregos na Administração Pública que envolvam uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autori-

<sup>19</sup> É certo que no n.º 17 do acórdão *Simmenthal*, o TJ empresta ao princípio do primado a virtualidade de, para além de “*tornar inaplicável* de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, *qualquer norma de direito interno* que lhe seja contrária”, “impedir a formação *válida* de novos actos legislativos nacionais” (ênfase acrescentada), na medida da sua incompatibilidade com o direito comunitário. Mas trata-se de um “excesso” induzido pelo “paradigma da pirâmide normativa” e não retomado em jurisprudência posterior, sem qualquer impacto prático no sistema comunitário de garantia do primado supra-analisado, não se divisando razões objectivas para que a *inaplicabilidade de pleno direito* de qualquer norma nacional incompatível com o direito comunitário (e, portanto, a mera neutralização em concreto da sua eficácia reguladora) se transmute em invalidade na hipótese configurada pelo TJ. Para maiores desenvolvimentos, ver PIÇARRA, Nuno, “A justiça constitucional da União Europeia”, **Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco**, Coimbra, 2006, p. 480, nota 27.

<sup>20</sup> Acórdão de 19 de Junho de 1990, C-213/89, **Colect. 1990**, p. I-2433.

<sup>21</sup> Sobre os dois acórdãos, ver por último SHARPSTON, Eleanor, “Fifty years of judicial activity by the European Court of Justice” in ALMEIDA, Marta Tavares de, e PIÇARRA, Nuno (coord.), **50 Anos do Tratado de Roma**, Lisboa, 2008, pp. 27-28.

<sup>22</sup> Acórdão de 2 de Julho de 1996, C-473/93, **Colect. 1996**, p. I-3207, n.ºs 37 e 38.

dade pública e nas funções que têm por objectivo a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas.

No segundo caso, encontra-se o acórdão Kreil/Alemanha<sup>23</sup>, em que o TJ considerou a directiva do Conselho 76/207/CEE de 9 de Fevereiro – relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego – oponível às disposições legislativas alemãs que excluía genericamente as mulheres dos empregos militares implicando a utilização de armas e apenas autorizavam o seu acesso aos serviços de saúde e às formações de música militar, ainda que tais disposições tivessem sido adoptadas em cumprimento da norma constitucional que veda às mulheres a prestação de serviço armado, constante do artigo 12.º-A, n.º 1, da Lei Fundamental de Bona.

5. O princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, formulado pelo TJ como elemento caracterizador da autonomia do ordenamento da União Europeia, sob a forma de uma obrigação de *facere*<sup>24</sup>, conducente a uma situação designada por *supranacionalismo normativo*<sup>25</sup>, veio a ser generalizadamente aceite pelos tribunais nacionais, apesar da ausência de base expressa no TCE ou no TUE. O próprio Tribunal Constitucional italiano, na sequência do acórdão Simmenthal, acabou por reconhecer que o controlo da compatibilidade entre o direito comunitário e “a norma interna, também posterior, seja deixado à cognição do juiz ordinário mesmo que exista um órgão jurisdicional expressamente competente, como este Tribunal, para a fiscalização da constitucionalidade das leis”<sup>26</sup>, parecendo assim sufragar o entendimento implícito de que a contradição entre uma norma nacional e uma norma comunitária não configura em geral uma “situação de inconstitucionalidade”<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Acórdão de 11 de Janeiro de 2000, C-285/98, **Colect. 2000**, p. I- 69, n.ºs 31 e 32.

<sup>24</sup> Sobre o tema ver por exemplo SIMON, Denys, “Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?”, **L’Europe et le Droit**. Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, 1991, pp. 498 ss. e bibliografia aí citada.

<sup>25</sup> A expressão foi utilizada pela primeira vez por WEILER, Joseph, “The Community System: The Dual Character of Supranationalism”, **Yearbook of European Law**, 1981, pp. 267 ss.

<sup>26</sup> Ver o acórdão n.º 170, de 8 de Junho de 1984, Granital, **Giurisprudenza Costituzionale**, 1984, pp. 1098 ss.

<sup>27</sup> Defendendo este entendimento na doutrina, ver por exemplo COSTA, José Manuel Cardoso da, “O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, **Ab Uno ad Omnes**. 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998, *maxime* p. 1371. Mas há que distinguir duas hipóteses: (a) contradição entre uma norma comunitária e uma norma nacional infraconstitucional; (b) contradição entre uma norma comunitária e uma norma da constituição nacional. E nesta última hipótese também haverá primado da norma comunitária, salvo se, como procurará demonstrar-se adiante, ela colidir com uma norma estruturante e por isso mesmo irrevísivel da constituição nacional.

Por seu lado, a Câmara dos Lordes aceitou exercer o poder que lhe foi reconhecido pelo TJ de suspender uma lei com vista a salvaguardar a plena eficácia do direito comunitário. E essa solução não deixou de contribuir, de algum modo, para que se evoluísse no Reino Unido no sentido de atribuir aos tribunais nacionais competência para sujeitarem as leis a parâmetros de validade superiores, pondo fim ao dogma da soberania do Parlamento e da intangibilidade dos seus actos<sup>28</sup>.

O reconhecimento generalizado de que o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional se encontra consagrado por uma norma não escrita de direito comunitário primário<sup>29</sup>, que de algum modo “absorveu” as normas constitucionais dos Estados-Membros reguladoras das relações entre os ordenamentos em causa, não se atingiu de uma assentada nem deixou de suscitar fortes reservas. E, como se verá a seguir, não se deu sem a influência determinante das constituições e dos tribunais dos Estados-Membros, nomeadamente no estabelecimento de “contralimites” às “limitações de direitos soberanos” que o princípio do primado do direito comunitário consubstancia<sup>30</sup>. Tal constitui outra notória singularidade da via trilhada para a consagração deste princípio, na ausência de uma *Supremacy Clause* nos tratados que a fundam.

Independentemente disso, há que reconhecer que, sem o estabelecimento, pelo TJ, em estreita articulação com os tribunais nacionais, dos “princípios gêmeos” do efeito directo e do primado do direito comunitário, o Tratado de Roma teria permanecido um conjunto de regras abstractas e distantes, desconhecidas na sua maior parte, cujas violações apenas seriam sancionadas através do pesado mecanismo da acção por incumprimento, não sendo sequer de excluir que os Estados-Membros passassem a aplicar entre si a clássica regra da reciprocidade como sanção para os incumprimentos uns dos outros – com grande prejuízo para a integração europeia.

<sup>28</sup> Cf. O’NEILL, Aidan, “Fundamental Rights and the Constitutional Supremacy of Community Law in the United Kingdom after Devolution and the Human Rights Act”, **Public Law**, 2002, pp. 724 ss., especialmente p. 734, que fala a este propósito de uma mudança de paradigma na Constituição do Reino Unido, provocada pela aplicação do direito comunitário e particularmente pelo princípio do primado deste sobre o direito nacional.

<sup>29</sup> Ver o acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 28 de Janeiro de 1992, **Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)** 85, pp. 191 ss.

<sup>30</sup> O conceito de “contralimites” nasceu na doutrina italiana e é aí corrente no contexto em análise; ver por exemplo RUGGERI, G. “Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione” in FALZEA, SPADARO e VENTURA (org.), **La Corte costituzionale e le Corti d’Europa**, Turim, 2003, pp. 505 ss.; CELOTTO, Alfonso et al., “Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti”, **The National Constitutional Reflection of European Union Constitutional Reform**, Madrid, 2004.

### III A contrapartida do princípio do primado: a garantia de congruência estrutural entre a ordem jurídica da União Europeia e as ordens jurídicas nacionais quanto aos princípios constitucionais fundamentais

Preocupado em fazer do princípio do primado um instrumento de garantia da unidade substantiva do direito comunitário no conjunto formado pelas ordens jurídicas dos Estados-Membros, por imposição, em última análise, do princípio da igualdade ou da não discriminação em razão da nacionalidade, o TJ não encarou num primeiro momento a questão da existência de eventuais limites àquele princípio. Conferiu-lhe, portanto, um valor absoluto.

Todavia, junto dos tribunais dos Estados-Membros competentes para fiscalizar a constitucionalidade das normas aplicáveis aos litígios perante si pendentes (até aos anos setenta, apenas a Alemanha e a Itália, entre os Estados-Membros), não poderia deixar em algum momento de vir a suscitar-se a questão da incompatibilidade de uma norma de direito comunitário com a Constituição e, desde logo, com o respectivo catálogo de direitos fundamentais. Em tal hipótese, poder-se-ia ter por altamente provável a resistência dos tribunais nacionais à aplicação da norma comunitária em cumprimento do princípio em análise.

1. A questão colocou-se pela primeira vez ainda antes de o TJ ter fixado o princípio do primado do direito comunitário. A resposta que lhe deu aquele tribunal no acórdão *Storck/Alta Autoridade*<sup>31</sup> foi claudicante: no desempenho da sua missão de garantir o respeito do direito na interpretação e na aplicação do Tratado e dos actos adoptados em execução deste, não lhe competiria pronunciar-se sobre as normas de direito interno dos Estados-Membros, nem, portanto, sobre a violação de “princípios de direito constitucional nacional”.

Todavia, perante as questões de compatibilidade do direito comunitário derivado com a Lei Fundamental de Bona, que os tribunais alemães continuaram a remeter-lhe ao abrigo do artigo 234.º do TCE, já depois de fixado o princípio do primado, tornou-se claro para o TJ que a persistência na jurisprudência *Storck* acabaria por pôr em causa a aceitação de tal princípio por aqueles tribunais. Chegaria o momento em que um deles submeteria à apreciação do respectivo tribunal constitucional a norma de direito comunitário a aplicar ao caso concreto em que divisasse a violação de um direito fundamental constitucionalmente tutelado, não sancionada no quadro do reenvio prejudicial de validade nos termos do artigo 234.º. E chegaria até o momento em que o tribunal constitucional interrogado confirmaria a violação – o que determinaria a não aplicação da norma comunitária no respectivo Estado-

<sup>31</sup> Acórdão de 4 de Fevereiro de 1959, 1/58, *Colect. 1954-1961*, p. 293, n.º 4.a.

200 Membro, pondo assim em crise a aplicação uniforme do direito comunitário ao serviço da qual o TJ estabeleceu o princípio do primado.

Não restava por isso ao TJ senão encontrar uma solução para tal problema, solução essa que não deveria, no entanto, passar pela aplicação directa de normas constitucionais dos Estados-Membros como parâmetro de validade do direito comunitário derivado.

Os princípios pretorianamente fixados a este respeito podem enunciar-se nos seguintes termos: (1) os direitos fundamentais da pessoa contam-se entre os princípios gerais de direito comunitário cuja observância é garantida pelo TJ<sup>32</sup>; (2) a protecção desses direitos deve ser garantida tendo em conta a estrutura e os objectivos da UE; (3) tal protecção inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos fundamentais em que os Estados-Membros cooperaram ou a que aderiram, com especial destaque para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem; (4) não podem, por conseguinte, ser admitidas na UE medidas incompatíveis com os direitos fundamentais assim reconhecidos e garantidos.

Note-se que foi num dos acórdãos em que reconheceu implicitamente o respeito dos direitos fundamentais, *enquanto princípio geral de direito comunitário*, como limite intrínseco à “pretensão de primado” das normas comunitárias que o TJ levou mais longe a formulação do próprio princípio do primado: “a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, *tais como se encontram enunciados na Constituição de um Estado-Membro*, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado” (ênfase acrescentada)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Note-se que no acórdão que inaugurou esta jurisprudência, proferido no processo Stauder/Cidade de Ulm, de 12 de Novembro de 1969, 29/69, **Colect. 1969-1970**, pp. 157 ss., n.º 7, o TJ limitou-se a retomar, no essencial, a formulação da questão prejudicial remetida pelo tribunal administrativo de Estugarda que, dessa vez, o interrogou acerca da compatibilidade de um acto jurídico-comunitário não com um direito fundamental garantido pela Constituição alemã, mas sim com “os princípios gerais do direito comunitário em vigor”.

<sup>33</sup> Ver o acórdão de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft/Einführ- und Vorratsstelle für Getreide, 11/70, **Colect. 1969-1970**, pp. 625 ss., n.º 4, e também o acórdão de 21 de Maio de 1987, Albako, 249/85, n.º 14, que se refere “à jurisprudência constante do Tribunal, nos termos da qual a validade dos actos comunitários apenas pode ser apreciada à luz do direito comunitário”. Uma formulação mais peremptória pode ver-se, por último, no despacho do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 2 de Maio de 2004, Gonelli e Aifo/Comissão, T-231/02, n.º 57: “os recorrentes também não podem sustentar (...) que, para remediar este alegado défice de protecção contenciosa, o Tribunal Constitucional italiano pode deixar de aplicar os actos comunitários contrários aos direitos fundamentais contidos na Constituição nacional, uma vez que o direito comunitário tem, segundo uma jurisprudência



2. Todos os acórdãos que explicitaram os princípios supracitados foram, com uma única exceção, proferidos no quadro do reenvio prejudicial, pedra angular do sistema jurisdicional da UE, ao abrigo do qual se estabeleceu a sólida cooperação, embora por vezes não isenta de tensões, entre o TJ e os tribunais nacionais<sup>34</sup>. Através dela tem sido evolutivamente fixada a congruência estrutural ou sistémica, a nível dos princípios fundamentais, entre o ordenamento da UE e os ordenamentos nacionais.

Tal congruência veio, entretanto, a encontrar a sua expressão formalmente vinculativa no artigo 6.º do TUE, nos termos do qual a UE assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito, “princípios que são comuns aos Estados-Membros”, e respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem “e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”<sup>35</sup>.

Neste contexto – e entendendo a maioria da doutrina constitucionalista que “uma Constituição consiste, essencialmente, num conjunto de princípios e menos num conjunto de preceitos”<sup>36</sup> –, fica excluída a hipótese de o princípio do primado, tal como o configura o TJ, impor ao juiz nacional a aplicação de uma norma de direito da UE que implique o afastamento de princípios materialmente estruturantes da ordem constitucional do respectivo Estado-Membro. Na verdade, por força do princípio da congruência estrutural, plasmado no artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, do TUE, uma tal norma seria desde logo contrária ao *higher law* da própria União e por conseguinte anulável pelo TJ. Nesta perspectiva, o que legitima, em última análise, o primado do direito da UE sobre o direito dos Estados-Membros é a compatibilidade sistémica no plano daqueles princípios fundamentais.

assente, primado sobre o direito nacional”.

<sup>34</sup> Sobre o tema ver, por exemplo, RAMOS, Rui Moura, “Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária”, **Legislação**, n.º 4/5, 1992, pp. 95 ss.; SKOURIS, Vassilios, “The Position of the European Court of Justice in the EU Legal Order and its Relationship with National Constitutional Courts”, **Zeitschrift für öffentliches Recht**, vol. 60, 2005, pp. 328 ss.

<sup>35</sup> Sobre o tema ver PIÇARRA, Nuno, “A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Um estudo de Direito Constitucional Europeu”, **Ab Uno Ad Omnes**, 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998, especialmente pp.1397- 1406 e bibliografia aí citada.

<sup>36</sup> Assim, por exemplo, MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, tomo I, 7. ed. Coimbra, 2003, p. 419.

Confirma-se assim que a relação entre o direito da UE e as constituições nacionais não se estabelece segundo princípios unilaterais de hierarquia<sup>37</sup> – o que é, de resto, perfeitamente coerente com a “nova entidade política pós-hobbesiana” que a União constitui, onde não existe uma soberania única identificável e a negociação desempenha um papel crucial no seu funcionamento e nos correspondentes procedimentos de tomada de decisão<sup>38</sup>.

É precisamente a essa luz que o texto do artigo I-6.º do Tratado Constitucional podia suscitar reservas, como se verá melhor a seguir, na medida em que pretendia formalizar uma solução jurídica substantiva a que se chegou no quadro da UE através de um processo dialéctico tão original, recorrendo a um enunciado tipicamente estadual-federal que remete para ideias de hierarquia e de soberania – que não se aplicam nem ajudam a compreender correctamente as relações entre a União Europeia e os seus Estados-Membros.

3. Entendidas mais como conjuntos de princípios fundamentais do que como meros articulados de preceitos, as constituições dos Estados-Membros têm-se revelado, na prática, como activamente estruturantes da própria constituição da UE, e não como “redutos da soberania nacional” perante uma “constituição europeia” supostamente superior e invasiva<sup>39</sup>. Neste contexto, os tribunais constitucionais dos Estados-Membros encarregados de as garantir têm desempenhado um papel do maior relevo.

Começando pelo mais influente – o Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) –, há a notar que, num primeiro momento, ele se declarou competente para fiscalizar a constitucionalidade do direito comunitário e determinar a sua desaplicação na Alemanha, caso concluísse pela inconstitucionalidade, enquanto a ordem jurídica da UE não se encontrasse dotada de um catálogo de direitos fundamentais de origem parlamentar substancialmente equiparável ao catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã<sup>40</sup>.

Ulteriormente, estabelecidos pelo TJ os princípios aplicáveis em matéria de protecção dos direitos fundamentais a nível da UE, o TCF declarou que não exerceria a competência que reivindicara, enquanto a União e, em especial, a jurisprudência do TJ garantissem uma protecção eficaz dos direitos fundamentais perante os po-

<sup>37</sup> Assim, WITTE, Bruno de, “Community Law and National Constitutional Values”, **Legal Issues of European Integration**, 1991, p. 22.

<sup>38</sup> Para essa caracterização ver por todos SCHMITTER, Philippe, “A Comunidade Europeia: uma nova forma de dominação política”, **Análise Social**, n.º 118-119, 1992, p. 753.

<sup>39</sup> Neste sentido, WITTE, Bruno de, “Community Law and National Constitutional Values”, **Legal Issues of European Integration**, 1991, p. 22; CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, 2003, p. 234-236.

<sup>40</sup> Acórdão de 29 de Maio de 1974, **BVerfGE 37**, p. 271 ss.

deres de autoridade da mesma União, equiparável no essencial à que a Constituição alemã considera imprescindível, e que inclui a garantia do conteúdo essencial desses direitos<sup>41</sup>. Na mesma ocasião, o TCF qualificou o TJ como *juiz legal* para apreciar, no quadro do reenvio prejudicial, as questões de validade suscitadas pelas disposições de direito da União aplicáveis pelos tribunais nacionais, responsabilizando-os assim pela invocação perante o TJ da desconformidade dessas disposições com os valores e princípios comuns à constituição da UE e à constituição nacional<sup>42</sup>.

No acórdão proferido em 7 de Junho de 2000, o TCF clarificou não ser exigível que o TJ dispense uma protecção idêntica à concedida a cada um dos direitos fundamentais constantes do catálogo da Constituição alemã. Para aceitar fiscalizar a constitucionalidade de uma disposição de direito da UE, o TCF exige que o tribunal *a quo* ou o autor da queixa constitucional que aleguem uma violação de direitos fundamentais por parte dessa disposição demonstrem em pormenor que a protecção dos direitos fundamentais considerada imprescindível deixou genericamente de ser garantida pelo TJ. Tal exige do tribunal *a quo* ou do autor da queixa constitucional um confronto entre a protecção dos direitos fundamentais dispensada a nível nacional e a nível da União<sup>43</sup>.

O Tribunal Constitucional italiano, por seu lado, seguindo embora outras estratégias argumentativas, também se considera em abstracto competente para, em casos-limite (nunca verificados), fazer prevalecer os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos sobre uma medida de direito da UE, mediante a desaplicação dessa medida no território italiano<sup>44</sup>.

Mais recentemente, o Conselho Constitucional francês declarou-se competente, no contexto específico da transposição das directivas comunitárias para o direito nacional, a fim de garantir que nenhuma directiva transposta infringirá qualquer “regra ou princípio inerente à identidade constitucional da França”<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Acórdão de 22 de Outubro de 1986, **BVerfGE 73**, pp. 339 ss.

<sup>42</sup> Para maiores desenvolvimentos, ver na doutrina portuguesa ANTUNES, Luís Pais, **Direito da Concorrência**. Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais, Coimbra, 1995, pp. 71 ss.

<sup>43</sup> BVerfG, 2 BvL 1/97, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/frames>. Os três acórdãos citados do TCF encontram-se publicados também em traduções francesa e espanhola in DUARTE, Maria Luísa, e DELGADO, Pedro (org.), **União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros**, Lisboa, 2006, pp. 51, 109 e 151.

<sup>44</sup> Para maiores desenvolvimentos, ver PIÇARRA, Nuno, **O Tribunal de Justiça como juiz legal e o processo do artigo 177º do Tratado CEE**, Lisboa, 1991, pp. 27 ss. Ver também ANTUNES, Luís Pais, **Direito da Concorrência**. Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais, 1995, pp. 81 ss.

<sup>45</sup> Ver a Decisões n.º 2006-540 DC de 27 de Julho de 2006 e n.º 2006-543 DC de 30 de Novembro de 2006 in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Sobre o tema ver, por exemplo, RENSON, Anne-Stéphanie, “Compte rendu. L’identité constitutionnelle des États membres: une limite à la

4. A titularidade da competência para rejeitar, em última análise, a aplicação do direito da UE com fundamento em violação de direitos fundamentais, reivindicada por aqueles tribunais constitucionais (e também pelos de outros Estados-Membros<sup>46</sup>) – e que lhes tem servido sobretudo para procurar influenciar a jurisprudência do TJ nessa matéria –, não é pacífica na perspectiva da UE. Particularmente controversa, neste contexto, revela-se a jurisprudência em que o TCF se considerou competente para fiscalizar os actos da União – incluindo os praticados pelo TJ – e para os declarar inaplicáveis na Alemanha, se os julgar *ultra vires* por alargarem a competência daquela, em termos que só se tornariam legítimos mediante revisão formal dos tratados constitutivos, de acordo com o procedimento neles previsto para o efeito<sup>47</sup>.

Como quer que seja, esta competência – auto-reivindicada mas nunca exercida – de alguns tribunais constitucionais dos Estados-Membros tem contribuído decisivamente, na prática, para o aperfeiçoamento do sistema de protecção dos direitos fundamentais da própria UE, acentuando o seu “caminho específico” e atestando simultaneamente que, no tocante a tais direitos, as influências têm sido muito mais dos Estados-Membros para a UE do que em sentido inverso<sup>48</sup>.

A este respeito, a União Europeia contrasta nitidamente com os Estados Unidos da América. Aqui, tem sido o catálogo de direitos fundamentais da Constituição

construction européenne?”, *Revue belge de droit constitutionnel*, 2007, pp. 185 ss.

<sup>46</sup> Para a enumeração desses Estados-Membros, ver CELOTTO, Alfonso, “Una nuova ottica dei ‘controlimiti’ nel Trattato costituzionale europeo?”, *Note dall’Europa*, 2004/2005, <http://www.forumcostituzionale.it/euroscopio.html>.

<sup>47</sup> Trata-se do acórdão de 12 de Outubro de 1993 que declarou o Tratado de Maastricht compatível com a Lei Fundamental, *BVerfGE*, 89, pp. 155 ss., e em tradução portuguesa in DUARTE, Maria Luísa, e DELGADO, Pedro, *União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros*, 2006, pp. 283 ss. Aí se declara textualmente que (1) compete ao TCF verificar se os actos dos órgãos da UE se situam dentro dos limites dos poderes de soberania que lhes são conferidos pelos Tratados ou se os excedem e (2) a interpretação dos Tratados não poderá conduzir a um resultado equivalente ao alargamento do seu âmbito de aplicação; uma tal interpretação das normas de competência não teria carácter obrigatório na Alemanha. Sobre o “acórdão Maastricht”, ver em sentido muito crítico por exemplo REICH, Norbert, “Judge-made ‘Europe à la carte’: Some Remarks on Recent Conflicts between European Law and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation”, *European Journal of International Law*, n.º 7, 1996, pp. 103 ss.; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian, “Law Development by the European Court of Justice. The balance in the Court’s Jurisprudence between Law-Making by the Union’s Political Processes and the Judiciary”, *The European Union Review*, 1997, pp. 43 ss.; WEILER, Joseph, “The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass”, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, pp. 286 ss., que considera tal acórdão “uma egrégia violação” do TCE.

<sup>48</sup> Sobre o tema ver, por último, CHALMERS, Damian, “The ugly mallard that would want to be a swan. The European Union and fundamental rights” in ALMEIDA, Marta Tavares de, e PIÇARRA, Nuno (coord.), *50 Anos do Tratado de Roma*, 2008, pp. 241 ss.

federal a influenciar decisivamente a protecção dos direitos fundamentais concedida a nível estadual, funcionando no seu conjunto como parâmetro de validade aplicável pela *Supreme Court* federal a todos os actos estaduais, incluindo os de natureza constitucional<sup>49</sup>. Na UE, diferentemente, para além de se verificar uma influência decisiva das constituições dos Estados-Membros no sistema de protecção dos direitos fundamentais que actualmente a caracteriza, o seu catálogo de direitos fundamentais apenas pode servir de parâmetro de validade aos actos estaduais que executem o direito da União, ou lhe introduzam as derrogações que ele próprio prevê, expressa ou implicitamente. Assim o determina, por último, o artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, fazendo-se eco de uma jurisprudência constante do TJ<sup>50</sup>.

#### **IVA entrada em vigor do artigo I-6.º do Tratado Constitucional implicaria alterações ao conteúdo normativo do princípio do primado actualmente vigente?**

Pela questão em epígrafe trata-se de saber se a hipotética entrada em vigor do Tratado Constitucional, e concretamente do seu artigo I-6.º, poria fim à situação de “pluralidade de textos supremos”<sup>51</sup> que tão originalmente tem caracterizado a União Europeia – em que a sua constituição está não em pirâmide mas em rede (e também em processo de “fertilização cruzada”<sup>52</sup>) com as constituições dos Estados-Membros. Noutra perspectiva, trata-se de saber se a entrada em vigor do Tratado Constitucional poria fim ao actual sistema policêntrico da fiscalização da

<sup>49</sup> Para maiores desenvolvimentos, ver por exemplo LENAERTS, Koen, **Le Juge et la Constitution aux États-Unis d’Amérique et dans l’Ordre Juridique Européen**, 1988, pp. 668 ss., especialmente p. 673; cf. também MADURO, Miguel Poiars, **A Constituição Plural**. Constitucionalismo e União Europeia, 2006, p. 333.

<sup>50</sup> Tal jurisprudência vem citada na anotação ao artigo 51.º da Carta, da autoria do *Praesidium* da Convenção que a redigiu. O conjunto dessas anotações encontra-se publicado no JO C 303/17, de 14-12-2007.

<sup>51</sup> A expressão é de WITTE, Bruno de, “Community Law and National Constitutional Values”, **Legal Issues of European Integration**, 1991, p. 22.

<sup>52</sup> A expressão pretende designar a influência recíproca e dinâmica de regras e princípios jurídicos fundamentais que, no processo de transplante de uma constituição para a outra, sofrem e simultaneamente provocam algumas mutações no sentido de se tornarem compatíveis com a “constituição hospedeira”. Considerando que, devido a este jogo de influências cruzadas, deve até ser anteposto a qualquer das constituições dos Estados-Membros o prefixo “euro” (euro-alemã, euro-francesa, euro-italiana, etc.), ver MANZELLA, Andrea, “Principio democratico e integrazione europea”, **Quaderni costituzionali**, ano XXVI, 2006, n.º 3, p. 569; sobre o fenómeno da europeização das Constituições dos Estados-Membros ver também QUADROS; Fausto de, “Constituição europeia e Constituições nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu”, **O Direito**, ano 137.º, 2005, pp. 689 ss.

206 constitucionalidade do direito da União, tornando caducas as jurisprudências nacionais supracitadas e substituindo o diálogo entre o TJ e os tribunais constitucionais nacionais, por *diktats* do primeiro no que toca à validade e aplicabilidade daquele direito.

1. Para responder a questão equacionada importa recordar liminarmente que, mesmo na ausência de uma disposição com o teor do artigo I-6.º do Tratado Constitucional, o TJ tem-se considerado exclusivamente competente para invalidar actos de direito secundário da UE que padeçam de quaisquer dos vícios sancionados pelo correspondente ordenamento, incluindo o carácter *ultra vires* desses actos<sup>53</sup>. O TJ fundamenta a sua competência para delimitar em última instância as competências da União no facto de (1) a questão se reconduzir a uma questão de interpretação dos tratados em que ela se funda e de (2) o artigo 220.º do TCE o incumbir de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado”.

Já se demonstrou na doutrina que a posição do TJ é insusceptível de reparo à luz do direito internacional público. Com efeito, quando um tratado estabelece um procedimento para a resolução obrigatória de litígios, o correspondente tribunal tem competência para determinar a sua própria competência, através da interpretação do mesmo tratado. Mas, precisamente porque os Tratados em que actualmente se funda a União Europeia (e também o Tratado Constitucional), pelo menos do ponto de vista do seu conteúdo e alcance normativos, vão muito para além de meros “tratados internacionais ordinários, tendo as mais fundas repercussões nas identidades constitucionais dos próprios Estados-Membros, é que se coloca a questão do maior envolvimento dos tribunais nacionais, e especialmente dos tribunais constitucionais, na determinação do âmbito de aplicação da ordem jurídica baseada naqueles tratados, resultante de sucessivas limitações dos direitos soberanos por parte dos Estados-Membros<sup>54</sup>.

Nessa perspectiva, não apontando de modo nenhum o Tratado Constitucional para a transformação da UE num “supra-Estado”<sup>55</sup> nem, por conseguinte, para a

<sup>53</sup> Ver o acórdão de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost, 314/85, **Colect. 1987**, pp. 4199 ss.

<sup>54</sup> Neste sentido, cf. por último RAEPENBUSCH, Sean Van, “La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne: l’émergence juridique de l’Union européenne”, **Cahiers de droit européen**, 2008, p. 6. Para maiores desenvolvimentos, ver WEILER, Joseph, “The autonomy of the Community legal order: through the looking glass”, 1999, pp. 291 ss. e MAGNETTE, Paul, **What is the European Union? Nature and Prospects**, Nova Iorque, 2005, especialmente pp. 12 e 192, salientando que, relativamente aos Estados-Membros, a UE actua muito menos como um “poder exterior” apto a desapossá-los paulatinamente das suas prerrogativas soberanas do que como “factor de incentivo” à colocação em comum dessas prerrogativas e à exploração em comum de recursos.

<sup>55</sup> Entre os aspectos fundamentais que comprovam a absoluta linha de continuidade e não de ruptura do Tratado Constitucional relativamente à identidade não estadual da UE mencione-se: (1) a não dotação desta de nenhuma força coactiva própria, em conjugação com a sua obrigação



alteração das suas relações com os Estados-Membros, em particular no que toca à autonomização perante eles de um estrutura político-decisória central<sup>56</sup>, a entrada em vigor do artigo I-6.º do referido tratado não alteraria o estado de coisas atrás descrito: as constituições dos Estados-Membros continuariam a integrar – em rede e em “fertilização cruzada” com a constituição da UE<sup>57</sup> – a pluralidade de “textos supremos”, o policentrismo na apreciação jurisdicional do direito da União deveria manter-se, assim como o diálogo entre tribunais da União e tribunais dos Estados-Membros, nomeadamente no quadro do reenvio prejudicial, enquanto garante da *congruência estrutural* entre o ordenamento constitucional da União e os dos Estados-Membros – encarada, na perspectiva dinâmica que se impõe, como uma tarefa e não como um dado adquirido *a priori*.

O mencionado artigo I-6.º mais não faria do que, na linha de um sistema de *civil law*, “codificar” como princípio expreso daquela que seria a nova “Lei Constitucional” da UE um princípio de fonte pretoriana, inconfundível no seu sentido e alcance normativos últimos com os que lhe emprestam as constituições federais – por mais que o seu enunciado delas se aproximasse. Apesar desse mimetismo textual, o artigo I-6.º não teria a virtualidade de transmutar a relação entre direito da União e direito dos Estados-Membros na típica relação hierárquica que existe entre o direito federal e o direito estadual, cujo corolário mais visível é a susceptibilidade de as disposições do último serem anuladas ou declaradas nulas por um órgão jurisdicional federal supremo. Em particular, o já mencionado artigo I-5.º, n.º 1 – que dispõe, precisamente, sobre as relações entre a União e os Estados-Membros – confirma-o sem margem para dúvidas, ao definir, em termos mais abrangentes do que os constantes do artigo 6.º, n.º 3, do TUE, a obrigação de a União respeitar as identidades nacionais dos Estados-Membros, “reflectidas nas estruturas políticas e constitucio-

de respeitar as funções essenciais dos Estados-Membros, “nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional” (artigo I-5.º, n.º 1, segunda parte); (2) a manutenção de um sistema judiciário não assente no relacionamento hierárquico do TJ com os tribunais nacionais; (3) a previsão expressa do direito de qualquer Estado-Membro se retirar da UE, em conformidade com as respectivas normas constitucionais (artigo I-60.º); (4) a manutenção da regra da ratificação por todos os Estados-Membros como condição *sine qua non* para o próprio Tratado Constitucional poder entrar em vigor (artigo IV-447.º).

<sup>56</sup> Mantém-se, pois, de actualidade a afirmação de LENAERTS, Koen, **Le Juge et la Constitution aux États-Unis d’Amérique et dans l’Ordre Juridique Européen**, 1988, pp. 602-603, segundo a qual a UE não dispõe de um nível político central realmente autónomo em relação aos Estados-Membros, ao contrário do que se verifica na generalidade dos Estados federais.

<sup>57</sup> Utilizando o conceito de fertilização cruzada no contexto do direito da União Europeia, ver na doutrina portuguesa recente, RAMOS, Rui Moura, “Da livre circulação de pessoas à cidadania europeia”, in ALMEIDA, Marta Tavares de, e PIÇARRA, Nuno (coord.), **50 Anos do Tratado de Roma**, Lisboa, 2008, p. 72, e DUARTE, Maria Luísa, **Direito Administrativo da União Europeia**, Coimbra, 2008, p. 23.

208 nais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional”<sup>58</sup>.

Do ponto de vista do direito internacional público, se o Tratado Constitucional tivesse sido ratificado por todos os Estados-Membros e tivesse podido entrar em vigor, o artigo I-6.º certificaria a aceitação expressa, por todos eles, a nível político, de um princípio de fonte jurisprudencial, com o sentido e o alcance fixados neste contexto – e não mais do que isso<sup>59</sup>. Tal como o constatou a própria Conferência que aprovou o Tratado Constitucional na Declaração n.º 1 anexada à Acta Final, “o artigo I-6.º reflecte a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância”.

2. A eventual entrada em vigor do Tratado Constitucional – e, em particular, do seu artigo I-5.º, n.ºs 1 e 2 – não poderia senão acentuar a necessidade do aumento do diálogo entre o TJ e os *tribunais constitucionais nacionais*<sup>60</sup>, especialmente sensíveis

<sup>58</sup> Neste sentido se pronunciaram, aliás, diversos tribunais constitucionais nacionais, como o espanhol, através da Declaração de 13 de Dezembro de 2004, in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es) (com anotação de SCHUTTE, Camilo B., “Spain. Tribunal Constitucional on the European Constitution. Declaration of 13 December 2004”, **European Constitutional Law Review**, n.º 1, 2005, pp. 281 ss.) e o francês, através da Decisão 2004-505 DC, de 19 de Novembro de 2004, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) (com anotação de CARCASSONNE, Guy, “France. Conseil Constitutionnel on the European Constitutional Treaty. Decision of 19 November 2004, 2004-505 DC”, **European Constitutional Law Review**, n.º 1, 2005, pp. 293 ss.); ver também o acórdão do Tribunal Constitucional da Polónia de 11 de Maio de 2005, K 18/04, especialmente o n.ºs 13, 14 e 19 da fundamentação, in [www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl) (em versão inglesa).

<sup>59</sup> Cf. em sentido semelhante ZILLER, Jacques, “Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004”, **Quaderni Costituzionali**, ano XXVII, n.º 4, 2007, pp. 884-885; MARTINS, Ana Guerra, **O Projecto de Constituição Europeia**, cit., pp. 64-65. Em sentido diferente, POLLICINO, Oreste, “Toleranza costituzionale, contro-limiti e codificazione del primato del diritto comunitario: forse qualcosa è cambiato”, **Note dall’Europa**, 2004/2005, p. 30; RAMOS, Rui Moura, “O Tratado que estabelece uma constituição para a Europa e a posição dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia”, **Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**, volume II, Coimbra, 2005, pp. 382-384, fazendo decorrer da eventual entrada em vigor do artigo I-6.º uma “redução de margem de manobra das instâncias nacionais de controlo da constitucionalidade”.

<sup>60</sup> Refira-se a este propósito que o Tribunal Constitucional português aceita com clareza o dever prudencial de utilização do reenvio prejudicial tratando-se da interpretação ou da validade de normas de direito comunitário; cf. o acórdão n.º 163/90, publicado em **Acórdãos do Tribunal Constitucional**, vol. 16, p. 301 ss., e os comentários de COSTA, J. M. Cardoso da, “O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, **Ab Uno ad Omnes**. 75 Anos da Coimbra Editora, 1998, p. 1379, e VILAÇA, J. L. da Cruz et al., “Droit constitutionnel et droit communautaire. Le cas portugais”, **Rivista di Diritto Europeo**, 1991, p. 308 ss. Entre os tribunais constitucionais nacionais que já colocaram, eles próprios, questões prejudiciais ao TJ contam-se o austríaco, o belga e o italiano. O Conselho Constitucional francês, por seu lado, considera que não pode submeter questões prejudiciais ao TJ em aplicação do artigo 234.º do TCE, uma vez que deve “decidir antes da promulgação da lei no prazo previsto pelo artigo 61.º da Constituição (um mês e, em caso de urgência, oito dias); ver as Decisões n.º 2006-540 DC, de 27

às questões de direitos fundamentais e de repartição de competências entre a União e os Estados-Membros, que se colocam a propósito dos actos jurídicos adoptados por aquela. E isto para afastar definitivamente a hipótese – em qualquer caso anómala – de, na ausência do devido diálogo com o TJ, um tribunal constitucional nacional se ver na iminência de ordenar a desaplicação, no respectivo Estado-Membro, de um acto jurídico da União violador de “princípios informadores e estruturantes fundamentais da respectiva constituição” e, por conseguinte, irrevisíveis<sup>61</sup>. Tais princípios não podem, por isso mesmo, deixar de integrar simultaneamente a constituição da própria UE. Por conseguinte, em caso de indevida (e muito improvável) desprotecção por parte do TJ, o tribunal constitucional em causa não deveria deixar de garanti-los *in extremis*<sup>62</sup>.

Esta “competência-limite”, apenas susceptível de ser exercida depois de esgotadas todas as vias do diálogo com o TJ no quadro do reenvio prejudicial<sup>63</sup>, continua-

de Julho de 2006, n.º 20, e n.º 2006-543, de 30 de Novembro de 2006, n.º 7.

<sup>61</sup> A expressão é de COSTA, J. M. Cardoso da, “O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, **Ab Uno ad Omnes**, 75 Anos da Coimbra Editora, 1998, p. 1376.

<sup>62</sup> Pode recorrer-se aqui ao exemplo académico consistente na hipotética aprovação, pela União, de um regulamento obrigando a que os actos notariais ou os diplomas universitários sejam passados em todos os Estados-Membros apenas em francês ou inglês. Um tal regulamento revelar-se-ia desde logo manifestamente contrário à constituição da UE, por violação do princípio do respeito pela identidade nacional dos Estados-Membros (artigo 6.º, n.º 3, do TUE e artigo I-5.º, n.º 1, do Tratado Constitucional) – da qual a língua faz, como é óbvio, parte integrante. Por conseguinte, o TJ estaria obrigado a remover tal acto da ordem jurídica europeia. Só na hipótese – abstrusa – de o TJ declinar fazê-lo, no quadro de um reenvio prejudicial de validade ou de um recurso de anulação, é que os tribunais dos Estados-Membros afectados poderiam declarar tal regulamento inaplicável nos respectivos territórios.

<sup>63</sup> Isto significa nomeadamente que um tribunal nacional ordinário não poderá deixar de interrogar prejudicialmente o TJ sobre a interpretação ou a validade do direito da União, com fundamento na prévia existência de um acórdão do respectivo tribunal constitucional que contrarie o direito da União tal como interpretado pelo TJ; para maiores desenvolvimentos, ver POLLICINO, Oreste, “Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato (A margine di Cons. St., sez V, sent. n.º 4207/2005), **Forum di Quaderni costituzionali**, <http://www.forumcostituzionale.it/giurisprudenza/opconstat.htm>. Defendendo, embora dubitativamente, “a precedência do reenvio prejudicial sobre a eventual desaplicação da norma [de direito comunitário] com fundamento em inconstitucionalidade”, ver na doutrina portuguesa recente MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, Tomo II, Coimbra, 2005, pp. 629-632 e especialmente nota 1004. Diferentemente, porém, do que parece sustentar o autor, na generalidade dos casos, por força do princípio da congruência estrutural entre o ordenamento constitucional da UE e o dos Estados-Membros, consagrado pelo artigo 6.º do TUE (ver supra III.2.), a norma de direito da UE que se afigurar contrária a um princípio ou regra fundamental da constituição de um Estado-Membro suscitará simultânea e inevitavelmente a questão da sua validade perante os tratados em que se funda a UE e os princípios neles consignados. Não se vê, por isso, que em tais casos o “vício de invalidade comunitária, por ofensa ao TCE ou ao TEDH” (o autor quis certamente referir-se à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e não ao tribunal encarregado de a garantir em última instância) possa

210 ria, em todo o caso, a não poder ser *directa e imediatamente* neutralizada por nenhuma instância da UE com base no Tratado Constitucional – que em nada teria alterado o sistema de articulação dos mecanismos de controlo jurisdicional da União e dos seus Estados-Membros, um dos aspectos cruciais do relacionamento entre as respectivas ordens jurídicas, como se referiu atrás. Mas, no estágio actual da integração europeia, a violação do princípio do primado assim eventualmente cometida não deixaria de poder ser *indirecta e mediadamente* questionada, não só no quadro de uma acção de responsabilidade extracontratual contra o Estado-juiz intentada nos tribunais nacionais, mas também no quadro de uma acção por incumprimento intentada junto do TJ, nos termos dos artigos 226.º a 228.º do TCE<sup>64</sup>.

Neste contexto, há em todo o caso a salientar que o TJ tem dado sinais claros de que é capaz de interpretar o direito da União de modo a levar em consideração singularidades de um determinado sistema constitucional de valores de um Estado-Membro, ou mesmo do conteúdo normativo de um determinado direito fundamental, ainda que tal interpretação ou apreciação redundem em restrições para as liberdades comunitárias fundamentais<sup>65</sup>. A tomada em consideração de valores constitucionais nacionais seria, aliás, imposta com maior força ao TJ com a entrada em vigor do artigo I-5.º, n.ºs 1 e 2, do Tratado Constitucional, que definia em termos mais amplos do que os actuais, como se viu, quer o princípio do respeito pela União das identidades nacionais dos Estados-Membros, quer o princípio da cooperação leal entre aquela e estes.

Do que precede resulta que o artigo I-6.º, apesar da “imprudência semântica” do seu texto, desnecessariamente decalcado de constituições de Estados federais, não poderia pôr em causa a circunstância de o discurso constitucional na União Europeia consistir num diálogo de muitos actores numa comunidade hermenêutico-constitucional plural, em vez de fluir unilateralmente de uma estrutura hie-

ser considerado “menos grave” do que o “vício interno fundado em inconstitucionalidade”, nem que seja susceptível de levar a uma inversão da ordem de precedências enunciada pelo autor.

<sup>64</sup> Neste sentido, QUADROS, Fausto de, **Direito da União Europeia**, 2004, pp. 405 e 554-555.

<sup>65</sup> Neste sentido WITTE, Bruno de, “Community Law and National Constitutional Values”, **Legal Issues of European Integration**, 1991, pp. 15-16, citando o acórdão de 28 de Novembro de 1989, Groener, processo 379/87, n.ºs 18 e 19, em que o TJ considerou admissível a restrição à liberdade de circulação de trabalhadores resultante de uma política tendo por fim a defesa e promoção da língua de um Estado-Membro, que é simultaneamente a língua nacional e a primeira língua oficial, ainda que o conhecimento dessa língua não fosse efectivamente necessário para o desempenho da função a que se candidatava o nacional de outro Estado-Membro. Mais recentemente, é de citar sobretudo o acórdão de 14 de Outubro de 2004, Omega, processo C-36/02, n.º 37, em que o TJ explicitou não ser indispensável que uma medida restritiva de qualquer das liberdades fundamentais do TCE adoptada pelas autoridades de um Estado-Membro “corresponda a uma concepção partilhada pela totalidade dos Estados-Membros no que respeita às modalidades de protecção do direito fundamental ou do interesse legítimo em causa”.

rárquica com o TJ no topo. E, sendo certo que apenas poderá ter a “pretensão de primado” o direito adoptado pelas instituições da União *no exercício das competências que lhe são atribuídas pelo seu acto fundador*, tal como bem explicitava o artigo I-6.º do Tratado Constitucional, a questão decisiva de saber se um acto adoptado por essas instituições foi, ou não, praticado *ultra vires* continuaria a não dever ser resolvida por *diktat* constitucional nem do TJ, nem de um tribunal nacional<sup>66</sup>, na eventual vigência daquela disposição<sup>67</sup>.

3. A entrada em vigor do artigo I-6.º do Tratado Constitucional também implicaria seguramente resposta afirmativa à questão de saber se, passando a União e os seus órgãos a ficar juridicamente vinculados a um catálogo de direitos fundamentais próprio – a Carta dos Direitos Fundamentais –, seria de continuar a considerar comum ao ordenamento primário da União e, portanto, susceptível de tutela pelos seus órgãos, um direito fundamental com assento constitucional nacional mas não elencado naquele catálogo.

A questão pode equacionar-se de forma mais perceptível a partir de exemplo concreto, que manterá a actualidade após a eventual entrada em vigor do Tratado de Lisboa<sup>68</sup>: o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, dispondo

<sup>66</sup> No mesmo sentido WEILER, Joseph, “The autonomy of the Community legal order: through the looking glass”, 1999, p. 322, segundo o qual “*a feature of neo-constitutionalism in this case would be that the jurisdictional line (or lines) should be a matter of constitutional conversation, not a constitutional diktat*”.

<sup>67</sup> Recorde-se que, no decurso do debate travado em Portugal a propósito do Tratado Constitucional, chegou a ser proposta a alteração do artigo I-6.º no sentido de nele ficar expresso que o direito da União só primaria sobre o direito infraconstitucional dos Estados-Membros. Isto, designadamente, para impedir que “qualquer decisão de Bruxelas valha mais do que toda a Constituição da República Portuguesa” (ver, por exemplo, CUNHA, Paulo Ferreira da, “Constituição Europeia Teses Preliminares”, <http://www.mundojuridico.adv.br>). Ora, para além de não ser esse, de todo, o escopo do artigo I-6.º tal como acabou de comprovar-se, a alteração proposta no sentido de o primado do direito da União se circunscrever ao direito ordinário dos Estados-Membros representaria um indefensável retrocesso no processo de integração europeia, contrário ao princípio do respeito pelo adquirido, ao permitir aos Estados-Membros furtarem-se ao cumprimento das obrigações decorrentes da sua pertença à União, livremente assumida, através da mera constitucionalização formal de disposições incompatíveis com o projecto de integração europeia, a começar por todas aquelas que estabelecessem discriminações em razão da nacionalidade objectivamente injustificáveis. Uma vez utilizado o expediente da constitucionalização formal para tal fim, dificilmente deixaria de se instaurar nas relações entre os Estados-Membros a prática do *inadimplenti non est adimplendum*, contrária à lógica mais profunda da própria integração europeia. Como bem reconhece CUNHA, Paulo de Pitta e, um dos subscritores da proposta no sentido de uma nova redacção para o artigo I-6.º do Tratado Constitucional “que tornasse explícito que a superioridade opera em relação aos preceitos da legislação *comuni*” (ênfase no original), se os Estados-Membros viessem, por via dela, a introduzir nas respectivas Constituições normas contrárias ao ordenamento comunitário, violariam de forma flagrante o princípio da leal cooperação na integração europeia e tornariam politicamente insustentável a sua permanência na União; cf. **A Constituição Europeia**. Um Olhar Crítico sobre o Projecto, Coimbra, 2004, pp. 58-59.

<sup>68</sup> Que dá ao artigo 6.º, n.º 1, do TUE a seguinte nova redacção: “A União reconhece os direitos, as



212 embora que “todos têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas telecomunicações”, não contempla expressamente, ao contrário do artigo 34.º da Constituição portuguesa, a *inviolabilidade* do domicílio e das comunicações. Seguir-se-á daqui que este direito fundamental não faz parte da Constituição da UE?

O Tratado Constitucional continha várias disposições, retomadas pelo Tratado de Lisboa, que permitem a conclusão inequívoca de que os órgãos competentes da UE podem e devem tutelar um direito fundamental não previsto pela Carta, por força, designadamente, do princípio da congruência estrutural entre o ordenamento da União e os dos Estados-Membros, expressamente consagrado desde o Tratado de Maastricht.

Para isso apontava, desde logo, o artigo I-9.º, n.º 3, do Tratado Constitucional ao dispor, retomando no essencial o artigo 6º, n.º 2, do TUE (transformado em n.º 3 pelo Tratado de Lisboa), que “do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”. No mesmo sentido vai o preâmbulo da própria Carta, que reafirma “os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros”. Finalmente, o artigo 53.º da Carta determina de forma ainda mais taxativa que “nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou de lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, *bem como pelas Constituições dos Estados-Membros*” (ênfase acrescentada)<sup>69</sup>.

liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

<sup>69</sup> Sobre o tema ver na doutrina portuguesa MARTINS; Ana Guerra, **O Projecto de Constituição Europeia**, cit., pp. 92 ss.; QUADROS, Fausto de, **Direito da União Europeia**, 2004., pp. 143 ss.; SOARES, António Goucha, **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, Coimbra, 2002, especialmente pp. 52 ss.; DUARTE; Maria Luísa, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – natureza e meios de tutela”, **Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**, volume I, Coimbra, 2002, pp. 723 ss.; MADURO; Miguel Poiares, **A Constituição Plural**, 2006, pp. 324 ss.; MEDEIROS, Rui, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estados Português”, in AA VV, **Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976**. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras, Lisboa, 2001, pp. 241 ss.; Cf. ainda CELOTTO, Alfonso, “Una nuova ottica dei ‘controlimiti’ nel Trattato costituzio-



Daqui se pode, pois, concluir que o facto de a União passar a estar vinculada a um catálogo próprio de direitos fundamentais, literalmente porventura mais restritivo do que o de alguma constituição nacional, não põe em risco a congruência estrutural que deve continuar a existir entre o ordenamento da União e o dos Estados-Membros, outra condição essencial à plena vigência do princípio do primado do direito daquela, no seu estrito âmbito de competência, sobre os direitos de fonte nacional.

## V Causas e consequências da opção feita pelo Tratado de Lisboa relativamente ao princípio do primado do direito da União Europeia

O Tratado de Lisboa tem sua origem próxima no mandato aprovado pelo Conselho Europeu em 23 de Junho de 2007, sob presidência alemã<sup>70</sup>, destinado à conferência intergovernamental (CIG) encarregada de elaborar um “Tratado Reformador” para introduzir no TUE e no TCE “as inovações resultantes da CIG de 2004, como adiante se indica em pormenor”. Resulta assim claro que o “Tratado Reformador” – que veio efectivamente a ser assinado em Lisboa, em 13 de Dezembro de 2007 – teve por missão integrar no TUE e no TCE a substância do Tratado Constitucional rejeitado por referendo em dois Estados-Membros, fazendo-o como que “reencarnar” naqueles<sup>71</sup>. No que respeita concretamente ao princípio do primado, a solução acolhida pelo Tratado de Lisboa já constava, em todo o seu pormenor, do mandato do Conselho Europeu.

Começando por este ponto, importa examinar as causas e o contexto de tal solução para lhe captar devidamente o sentido e o alcance.

1. Para o efeito, torna-se particularmente elucidativo reproduzir na íntegra o breve excerto do mandato do Conselho Europeu (II.3.) de que consta a solução textualmente acolhida pelo Tratado de Lisboa: “O TUE e o Tratado sobre o Funcionamento da União não terão carácter constitucional. Esta mudança reflectir-se-á na terminologia utilizada em todos os textos dos Tratados: não será usado o termo «Constituição», o «Ministro dos Negócios Estrangeiros da União» será designado Alto Representante

nale europeo”, cit., p. 27, entendendo que o artigo 53.º da Carta se configura como “cláusula de legitimação da doutrina dos contralimites, vistos não já *em perspectiva estática*, como momentos de defesa extrema do ordenamento nacional, mas antes *em perspectiva dinâmica*, como momentos de ajustamento destinados a garantir o máximo de tutela dos direitos” (ênfase do autor).

<sup>70</sup> Ver o Anexo I às Conclusões da Presidência de 23 de Junho de 2007, doc. 11177/07 CONCL 2.

<sup>71</sup> Autores como Paulo de Pitta e CUNHA, **O Tratado de Lisboa**. Génese, conteúdo e efeitos, 2008, p. 35 preferem dar ao novo tratado o epíteto de “ressuscitador da Constituição Europeia”.

214 da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, serão abandonadas as denominações «lei» e «lei-quadro», e manter-se-ão as actuais denominações «regulamentos», «directivas» e «decisões». De igual modo, nenhum artigo dos Tratados alterados fará alusão aos símbolos da UE, como a bandeira, o hino e o lema. No tocante ao primado do direito da UE, a CIG aprovará uma Declaração remetendo para a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE”.

Precisamente neste ponto, o mandato foi complementado por uma nota de rodapé redigida nos seguintes termos: “Uma vez que o artigo sobre o primado do direito da União Europeia não será reproduzido no TUE, a CIG acordará na seguinte declaração: «A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 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, o parecer do Serviço Jurídico do Conselho (doc. 580/07) será anexado à Acta Final da Conferência”<sup>72</sup>.

2. O excerto do mandato do Conselho Europeu reproduzido deixa meridiana-mente claro que o artigo I-6.º do Tratado Constitucional, com a sua formulação do princípio do primado do direito da União inspirada por determinadas constituições federais, foi um dos elementos cuja não retomada pelo Tratado de Lisboa devia permitir criar a aparência de uma ruptura com o Tratado Constitucional, que dispensasse o novo tratado de sujeição a referendo, salvo se constitucionalmente obrigatório<sup>73</sup>. Noutra perspectiva, o artigo I-6.º foi percebido como um elemento, entre os elencados no ponto transcrito do mandato, cuja presença explícita no articulado do Tratado Constitucional contribuiria para assimilar a União a um Estado federal.

Isto no pressuposto de que o conceito de constituição tem como referente exclusivo o Estado, pressuposto ironicamente muito abalado quando aplicado à própria União. Com efeito, não sendo nem estando em vias de se transformar num Estado, a UE exerce poderes de autoridade e relaciona-se com os particulares de uma forma que dificilmente dispensa, na actualidade, a qualificação como *constitucional* do(s) instrumento(s) jurídico(s) em que se funda<sup>74</sup>, pelas questões que suscita em sede não

<sup>72</sup> O lacónico parecer foi citado supra, I.1.

<sup>73</sup> Neste sentido, DUARTE, Maria Luísa, “Nota de apresentação”, **O Tratado de Lisboa**, 2008, p. 6. Na realidade, a razão pela qual se considerou que os referendos de 2005 eram indispensáveis assentava na ideia de que o Tratado assinado em Roma em 29 de Outubro de 2004 era substancialmente uma Constituição.

<sup>74</sup> Sobre o tema, ver na doutrina portuguesa CANOTILHO, J. J. Gomes, “**Brançosos**” e **Interc onstitucionalidade**. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, Coimbra, 2006, que, depois de constatar que “o Estado surge, quase sempre, como *argumento* contra a Constituição Europeia” (p. 201), observa a justo título que “a inexistência de um Estado Europeu não é, por si só, e por simples articulações silogísticas, um obstáculo inultrapassável à aprovação de uma Constituição da União Europeia” (p. 205); em sentido diferente, ver CUNHA, Paulo de

só de legitimidade e legitimação democráticas mas também de repartição de competências com os Estados-Membros, por um lado, e em sede de direitos fundamentais e de controlo jurisdicional, por outro – e, em ligação com elas, pelas sensíveis mutações que vem provocando nas constituições dos próprios Estados-Membros<sup>75</sup>. Tal qualificação vem sendo de resto aplicada pelo TJ, que define os Tratados da União como a “carta constitucional de base de uma Comunidade de Direito”<sup>76</sup>.

Não basta, pois, que o ponto I.3. do mandato do Conselho Europeu em análise determine que o TUE e o TFUE não terão carácter constitucional para que, de um ponto de vista dogmático-jurídico, essa qualificação deva ser-lhes retirada, em consequência da eliminação do seu articulado de qualquer “sinal exterior” susceptível de assimilar erroneamente a União a um “supra-Estado”.

Sob este prisma, também se torna claro que, dada a diferença entre a UE e um Estado, não deverão ser precipitadamente transportados para a constituição da União elementos típicos das constituições estaduais. Ora, tal como o atesta designadamente o artigo I-6.º, o Tratado Constitucional procedia a uma aproximação decisiva entre o direito da União e o direito constitucional estadual clássico<sup>77</sup>, não deixando, por isso mesmo, de se prestar a críticas de um ponto de vista dogmático-jurídico e de suscitar desnecessárias objecções políticas nos eleitorados de alguns Estados-Membros.

3. Os antecedentes do ponto I.3. do mandato que se transcreveu confirmam que a causa da não retomada do artigo I-6.º pelo Tratado de Lisboa assentou na vontade política de o privar de carácter constitucional, por contraposição ao Tratado de 29 de Outubro de 2004.

Tal foi, com efeito, expressamente requerido pelos governos britânico e holandês. Na sequência disso, a presidência alemã, através de um documento datado de 17 de Abril de 2007, pediu parecer aos governos dos Estados-Membros sobre a proposta, entre várias outras, de não incluir no TUE nem no TCE um artigo retomando o princípio do primado.

Pitta e, “Tratado ou Constituição?”, in AA VV, **Uma Constituição para a Europa**, Coimbra, 2004, p. 45, para quem quando, no contexto da UE, se discute sobre a Constituição, “está a discutir-se implicitamente a problemática da criação do Estado europeu”.

<sup>75</sup> Tal como se interroga, com toda a pertinência, MANZELLA, Andrea, “Principio democratico e integrazione europea”, 2006, p. 569, “o que pode mudar as constituições senão um fenómeno constitucional?”.

<sup>76</sup> Ver o acórdão de 23 de Abril de 1986, Os Verdes/Parlamento, 294/83, **Colect. 1986**, p. 1339, e por último o de 10 de Julho de 2003, Comissão/BEI, C-15/00, **Colect. 2003**, p. I-7281, n.º 75.

<sup>77</sup> Assim, RAEPENBUSCH, Sean Van, “La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne”, **Cahiers de droit européen**, 2008. cit., p. 43.

216 Tendo resultado claro que não se verificava o consenso necessário para o Tratado que veio a ser assinado em Lisboa introduzir no articulado do TUE ou do TCE uma disposição consagrando expressamente tal princípio, importava evitar que assim pudesse ser posta em discussão a sua vigência. A solução de compromisso encontrada foi justamente a anexação, à Acta Final da CIG que aprovou o Tratado de Lisboa, da Declaração n.º 17 juntamente com o parecer do Serviço Jurídico do Conselho de 22 de Junho de 2007. Sendo incontestável que tal solução tem o mesmo objectivo que o artigo I-6.º do Tratado Constitucional – codificar, a nível dos “textos supremos” da UE, e na tradição romano-germânica, um princípio fundamental de fonte jurisprudencial –, ela tem a seu favor, relativamente àquele artigo, a circunstância de o seu teor literal não ser decalcado de nenhuma constituição federal, antes remetendo para a jurisprudência constante do TJ e mantendo-se assim em linha de continuidade com a “via peculiar” da UE atrás assinalada.

Seja como for, do ponto de vista do direito internacional público, a solução do Tratado de Lisboa não deixa de atingir o objectivo que o suprimido artigo I-6.º visava: o reconhecimento oficial, por todos os Estados-Membros, da vigência do próprio princípio nos termos da jurisprudência do TJ, órgão independente daqueles<sup>78</sup>. Nessa medida, a solução do Tratado de Lisboa também constitui uma evolução relativamente à situação actual – em que tal reconhecimento não é explícito ao nível dos próprios Tratados da UE. Mas trata-se de uma evolução que bem pode ser concretizada pela expressão “na continuidade”, diferentemente da mutação que o artigo I-6.º do Tratado Constitucional representava, ao adoptar formalmente uma solução de tipo federal.

Independentemente disto, o princípio do primado assim formulado terá de ser interpretado e aplicado em concordância prática quer com o novo artigo 4.º, n.º 1, do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa – onde se retoma *ipsis verbis* o disposto no muito citado artigo I-5.º, n.º 1, do Tratado Constitucional<sup>79</sup>, quer com o igualmente citado artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Isto significa portanto que, também na versão que lhe é dada pelo Tratado de Lisboa, o princípio do primado é encarado numa perspectiva dinâmica que admite limites constitucionais nacionais decorrentes, seja, em termos gerais, das identidades dos Estados-Membros, seja, em termos específicos, do nível

<sup>78</sup> Em sentido semelhante, ver ZILLER, Jacques, **Quaderni Costituzionali**, 2007, p. 885. Segundo o autor, a indicação expressa, constante da Declaração n.º 17, de que o parecer do Serviço Jurídico do Conselho sobre o primado é anexado à Acta Final assinada juntamente com o Tratado de Lisboa, destina-se a assegurar-lhe um valor jurídico idêntico ao deste tratado.

<sup>79</sup> Acrescido do segmento escusado para não dizer anacrónico numa União Europeia que é também um espaço de fronteiras internas abertas, nos termos do qual, “em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro”.

de protecção dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, pressupõe o aprofundamento do diálogo muito em especial entre o TJ e os tribunais constitucionais dos Estados-Membros, por forma a excluir situações de violação não só de princípios constitucionais fundamentais mas também do próprio princípio do primado do direito da UE<sup>80</sup>.

Nestas condições, a institucionalização da “resolução de conflitos de competência num plano superior ao do TJ”, sugerida por alguns autores<sup>81</sup>, afigura-se um arriscado elemento de complexificação de um sistema já de si inevitavelmente complexo, para além de, como solução, se revelar, de alguma forma, tributária do “paradigma da pirâmide”. Ora, tal como se procurou demonstrar, não é ele o mais adequado para explicar, nem as relações entre o ordenamento da União e os dos Estados-Membros, nem as relações entre os órgãos jurisdicionais respectivamente encarregados de garantir tais ordenamentos em última instância. Com efeito, uma das maiores singularidades, senão mesmo a maior, da forma de poder pós-hobbesiana que a União Europeia constitui é precisamente a circunstância de ser inerente à sua própria natureza o “estado de abertura” em que permanece a questão da “autoridade final”<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Neste sentido, CELOTTO, Alfonso, “Una nuova ottica dei ‘controlimiti’”, **Note dall’Europa**, 2004/2005, cit., p. 28, para quem, em tal contexto, os “contralimites” na acepção atrás assinalada deixam de ser o rígido muro de fronteira entre ordenamentos, para passar a ser o ponto de articulação, a charneira nas relações entre a UE e os Estados-Membros. Por isso mesmo, a problemática primado versus contralimites transmuta-se na problemática primado e contralimites. Para maiores desenvolvimentos sobre a necessidade de harmonização e colocação em concordância prática do princípio do respeito pelas identidades nacionais dos Estados-Membros e do princípio do primado do direito da UE, ver RUGGERI, G., “Trattato costituzionale e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione”, **Diritto pubblico comparato ed europeo**, 2/2005, pp. 642 ss. Numa perspectiva aparentemente mais orientada por uma metódica de ponderação e hierarquização de princípios, DUARTE, Maria Luísa, “A Constituição europeia e os direitos de soberania dos Estados-Membros – elementos de um aparente paradoxo”, **O Direito**, ano 137.º, 2005, pp. 849 e 861, considera, por um lado, que “o artigo I-5.º, n.º 1, deverá servir para, em caso de dúvida, sobre a compatibilidade da medida nacional com as regras da União, funcionar como directriz de interpretação favorável ao decisor nacional nos domínios abrangidos pela reserva de identidade nacional” e, por outro lado, que o artigo 53.º da Carta, aplicado às relações entre o direito da União e as Constituições dos Estados-Membros, “tornará inevitável o efeito de ruptura com o dogma do primado, enquanto prevalência absoluta e incondicional do direito da União”.

<sup>81</sup> Na doutrina portuguesa, ver por exemplo GOMES, Carla Amado, “Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005”, **Revista do Ministério Público**, n.º 107, 2006, p. 229.

<sup>82</sup> Assim, MADURO, Miguel Poiares, **A Constituição Plural**, 2006, p. 352; como bem observa o autor – e por mais que isso repugne ao “paradigma da pirâmide” –, o ordenamento constitucional da UE deve ser concebido como integrando ambas as reivindicações de autoridade final: a sua própria e a do direito constitucional dos Estados-Membros (p. 38). Daqui se pode extrair mais um argumento contra a institucionalização da “resolução de conflitos de competência num plano superior ao do TJ”: o de que não é certo que os tribunais constitucionais aceitem abdicar

Em todo o caso, a experiência de décadas tem demonstrado que as relações entre as “autoridades jurisdicionais finais” da União e dos Estados-Membros deixam apreender-se de modo plausível através da fórmula simultaneamente descritiva e prescritiva que, no famoso capítulo VI do Livro XI do *De l'esprit des lois*, Montesquieu aplicou aos “poderes separados” do Estado: “*Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert*”.

## VI Conclusões

1. Tanto na sua versão de fonte pretoriana *sui generis* actualmente vigente, como na versão que tinha no artigo I-6.º do Tratado Constitucional ou na que agora lhe é dada pelo Tratado de Lisboa, o princípio do primado do direito da União sobre o direito dos Estados-Membros só pode ser efectivo no respeito dos limites da competência da União e no respeito dos princípios e direitos fundamentais comuns aos Estados-Membros.

Está, assim, excluída a hipótese de o princípio do primado, em qualquer das três versões, poder acarretar a preterição de algum “princípio informador e estruturante fundamental” das constituições dos Estados-Membros – que, por isso mesmo, deverá considerar-se como fazendo também parte da constituição da própria UE, nos termos inequívocos do artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, do TUE.

Algo de muito diferente é o eventual afastamento, num caso concreto, de um preceito constitucional que não incorpore um tal princípio fundamental, por força de uma disposição de direito da União. Tal tem-se verificado regularmente ao longo do processo de integração europeia, como ficou demonstrado, e constitui, de algum modo, um custo incontornável desse processo, seguramente em troca de benefícios muito superiores.

2. A solução “atípica” escolhida pelo Tratado de Lisboa relativamente ao princípio do primado – consistente em explicitá-lo numa declaração anexada aos Tratados da União Europeia, que se limita a remeter para a jurisprudência do TJ – é consentânea com a “atipicidade” da própria União (que não é nem uma mera organização internacional, nem um Estado em gestação, mas uma entidade política nova)<sup>83</sup>. Tal solução não deixa, contudo, de representar uma evolução relativamente ao actual estado de coisas – em que tal princípio é exclusivamente de fonte pretoriana “plu-

da sua pretensão de serem a autoridade final em troca da participação numa instância superior ao TJ, sobre a qual não possuiriam um controlo efectivo (p. 49).

<sup>83</sup> A este respeito, ver por último na doutrina portuguesa GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Volume II, 2. ed. Coimbra, 2007, pp. 998-999.



ral”. Com efeito, o conteúdo normativo do princípio sai reforçado pela sua explicitação ao nível dos Tratados, mas não alterado na sua nítida diferença específica, formal e substancial, em relação ao princípio do primado constante das constituições federais.

A este respeito, o Tratado de Lisboa configura a genuína forma de “evolução na continuidade”. Nisso se distingue do malogrado Tratado Constitucional que, alterando a diferença específica na forma, acabava por apontar enganosamente para alteração, também na substância, do princípio do primado do direito da União Europeia sobre o direito dos Estados-Membros.

### Referências Bibliográficas

ANTUNES, Luís Pais. **Direito da Concorrência**. Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais. Coimbra, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra, 2006.

CARCASSONNE, Guy. France. Conseil Constitutionnel on the European Constitutional Treaty. Decision of 19 November 2004, 2004-505 DC, **European Constitutional Law Review**, n. 1, 2005.

CELOTTO, Alfonso. Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti, **The National Constitutional Reflection of European Union Constitutional Reform**, Madrid, 2004.

CELOTTO, Alfonso. Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo?, **Note dall’Europa**, 2004/2005. <http://www.forumcostituzionale.it/euroscopio.html>.

CHALMERS, Damian. The ugly mallard that would want to be a swan. The European Union and fundamental rights. In: ALMEIDA, Marta Tavares de; PIÇARRA, Nuno (Coord.). **50 Anos do Tratado de Roma**. Lisboa, 2008.

COSTA, José Manuel Cardoso da. O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, **Ab Uno ad Omnes**. 75 Anos da Coimbra Editora. Coimbra, 1998.

CUNHA, Paulo de Pitta e. **Tratado ou Constituição?** Uma Constituição para a Europa. Coimbra, 2004.

CUNHA, Paulo de Pitta e. **A Constituição Europeia**. Um Olhar Crítico sobre o Projecto. Coimbra, 2004.

CUNHA, Paulo de Pitta e. **O Tratado de Lisboa**. Génese, conteúdo e efeitos. Lisboa, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição Europeia**. Teses Preliminares. <http://www.mundojuridico.adv.br>.

- 220 DUARTE, Maria Luísa. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – natureza e meios de tutela, **Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**, volume I, Coimbra, 2002.
- DUARTE, Maria Luísa. A Constituição europeia e os direitos de soberania dos Estados-Membros – elementos de um aparente paradoxo, **O Direito**, ano 137.º, 2005.
- DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais** – No Espaço da Internormatividade. Lisboa, 2006.
- DUARTE, Maria Luísa; DELGADO, Pedro. **União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros**. Lisboa, 2006.
- DUARTE, Maria Luísa. **Direito Administrativo da União Europeia**. Coimbra, 2008.
- DUARTE, Maria Luísa; LOPES, Carlos Alberto. **Tratado de Lisboa**. Lisboa, 2008.
- GOMES, Carla Amado. Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005, **Revista do Ministério Público**, n. 107, 2006.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra, 2007.
- LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**, Volume I, Paris, 1991.
- LENAERTS, Koen. **Le Juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre Juridique Européen**. Bruxelles, 1988.
- MADURO, Miguel Poiars. **A Constituição Plural**. Constitucionalismo e União Europeia. Cascais, 2006.
- MAGNETTE, Paul. **What is the European Union?** Nature and Prospects. Nova Iorque, 2005.
- MANZELLA, Andrea. Principio democratico e integrazione europea, **Quaderni costituzionali**, ano XXVI, 2006, n. 3.
- MARTINS, Ana Guerra. **O Projecto de Constituição Europeia**. Contribuição para o Debate sobre o Futuro da União Europeia. Coimbra, 2004.
- MEDEIROS, Rui. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estados Português, **Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976**. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras. Lisboa, 2001.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo I. 7. ed. Coimbra, 2003, e tomo VI, 3. ed. Coimbra, 2008.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, tomo I. 2. ed. Coimbra, 2006, e tomo II, Coimbra, 2005.
- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. Law Development by the European Court of Justice. The balance in the Court's Jurisprudence between Law-Making by the Union's Political Processes and the Judiciary, **The European Union Review**, 1997.

O'NEILL, Aidan. Fundamental Rights and the Constitutional Supremacy of Community Law in the United Kingdom after Devolution and the Human Rights Act, **Public Law**, 2002.

PIÇARRA, Nuno. **O Tribunal de Justiça como juiz legal e o processo do artigo 177º do Tratado CEE**. Lisboa, 1991.

PIÇARRA, Nuno. A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Um estudo de Direito Constitucional Europeu, **Ab Uno Ad Omnes**, 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

PIÇARRA, Nuno. A justiça constitucional da União Europeia, **Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco**. Coimbra, 2006.

POLLICINO, Oreste. Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario: forse qualcosa è cambiato, **Note dall'Europa**, 2004/2005.

POLLICINO, Oreste. Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato (A margine di Cons. St., sez V, sent. n.º 4207/2005), **Forum di Quaderni costituzionali**, <http://www.forumcostituzionale.it/giurisprudenza/opconstat.htm>.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra, 2004.

QUADROS, Fausto de. Constituição europeia e Constituições nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu, **O Direito**, ano 137.º, 2005.

RAEPENBUSCH, Sean Van. La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne: l'émergence jur.dique de l'Union européenne, **Cahiers de droit européen**, 2008.

RAMOS, Rui Moura. Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária, **Legislação**, n.º 4/5, 1992.

RAMOS, Rui Moura. O Tratado que estabelece uma constituição para a Europa e a posição dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia, **Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**, Volume II, Coimbra, 2005.

RAMOS, Rui Moura. Da livre circulação de pessoas à cidadania europeia. In: ALMEIDA, Marta Tavares de; PIÇARRA, Nuno (Coord.). **50 Anos do Tratado de Roma**. Lisboa, 2008.

REICH, Norbert. Judge-made “Europe à la carte”: Some Remarks on Recent Conflicts between European Law and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation, **European Journal of International Law**, n. 7, 1996.

RENSON, Anne-Stéphanie. Compte rendu. L'identité constitutionnelle des États membres: une limite à la construction européenne?, **Revue belge de droit constitutionnel**, 2007.

RUGGERI, G. Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione. In: FALZEA; SPADARO; VENTURA (Org.). **La Corte costituzionale e le Corti d'Europa**. Turim, 2003.

- 222 RUGGERI, G. Trattato costituzionale e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione, **Diritto pubblico comparato ed europeo**, 2/2005.
- SCHMITTER, Philippe. A Comunidade Europeia: uma nova forma de dominação política, **Análise Social**, n. 118-119, 1992.
- SCHUTTE, Camilo B. Spain. Tribunal Constitucional on the European Constitution. Declaration of 13 December 2004, **European Constitutional Law Review**, n. 1, 2005.
- SHARPSTON, Eleanor. Fifty years of judicial activity by the European Court of Justice. In: ALMEIDA, Marta Tavares de; PIÇARRA, Nuno (Coord.). **50 Anos do Tratado de Roma**. Lisboa, 2008.
- SIMON, Denys. Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?, **L'Europe et le Droit**. Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, 1991.
- SKOURIS, Vassilios. The Position of the European Court of Justice in the EU Legal Order and its Relationship with National Constitutional Courts, **Zeitschrift für öffentliches Recht**, vol. 60, 2005.
- SOARES, António Goucha. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra, 2002.
- VILAÇA, J. L. da Cruz et al. Droit constitutionnel et droit communautaire. Le cas portugais, **Rivista di Diritto Europeo**, 1991.
- WEILER, Joseph. The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass, **The Constitution of Europe**, Cambridge, 1999.
- WEILER, Joseph. The Community System: The Dual Character of Supranationalism, **Yearbook of European Law**, 1981.
- WITTE, Bruno de. Community law and national constitutional values, **Legal Issues of European Integration**, 1991.
- WITTE, Bruno de. Direct effect, supremacy and the nature of the EU legal order. In: CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de (Org.). **The Evolution of EU Law**. Londres, 1999.
- WITTE, Bruno de. Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, **Noi si mura**, Florença, 1986.
- ZILLER, Jacques. Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004, **Quaderni Costituzionali**, ano XXVII, n.º 4, 2007.

## Colectâneas de Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Constitucional.

Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Giurisprudenza Costituzionale.