

CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS E EFICÁCIA INTERNA DO DIREITO DA UNIÃO E DAS COMUNIDADES EUROPEIAS — EM PARTICULAR SOBRE O ARTIGO 8.º, N.º 4, DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

MIGUEL GALVÃO TELES

I. ASPECTOS GERAIS RESPEITANTES À EFICÁCIA DO DIREITO DA UNIÃO E DAS COMUNIDADES EUROPEIAS NA ORDEM DOS ESTADOS-MEMBROS (*)

1. De há muito que a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias vem a afirmar não só a eficácia directa do direito comunitário, originário ou derivado, no território dos Estados-Membros ⁽¹⁾, como a sua prevalência sobre os direitos nacionais.

A origem da asserção de tal prevalência é normalmente reconduzida à decisão, a título prejudicial, do Tribunal de Justiça das Comunidades no caso *Costa v. Enel*, embora aí expressamente referida apenas à hipótese de norma interna posterior contrária a norma comunitária anterior. O primado do direito comunitário aparece, no Acórdão, associado à ideia de que, “*diversamente do que acontece com os tratados internacionais ordinários, o tratado CEE instituiu um ordenamento jurídico próprio, integrado nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros desde a entrada em vigor do Tratado e que se impõe às suas jurisdições*”. Daí derivaria “*a impossibilidade, para os Estados, de fazerem*

(*) Agradeço ao Dr. Nuno Andrade Pissarra e ao Dr. Luís Nascimento Ferreira o auxílio que me deram na recolha de material.

⁽¹⁾ O chamado efeito directo dos regulamentos comunitários encontrava-se consignado no art. 189.º, segundo parágrafo, do Tratado de Roma e consta hoje do art. 249.º, segundo parágrafo, do Tratado da Comunidade Europeia. Quanto à Comunidade Europeia da Energia Atómica, a determinação situa-se no art. 161.º, segundo parágrafo. A doutrina do efeito directo de disposições dos tratados surgiu com a decisão do Tribunal de Justiça no caso *Van Gend en Loos*, de 05.02.67, Proc. n.º 26-1962 (<http://www.curia.europa.eu/>). Sobre a evolução da doutrina comunitária do efeito directo, *vide*, em particular, Bruno de Witte, “Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order”, in P. Craig e G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 177 ss.

prevalecer; contra um ordenamento jurídico por eles aceite sob condição de reciprocidade, um acto unilateral ulterior; o qual não poderá assim ser oponível à ordem comum". E o Acórdão fala expressamente de "*primado do direito comunitário*" (2). No caso *Walt Wilhelm*, de 1968, o Tribunal de Justiça explicitamente reportou o princípio da primazia tanto à hipótese de norma interna posterior como à de norma interna anterior à regra comunitária (3). O acórdão *Simmenthal*, de 1978, entendeu que o dever de desaplicação por parte dos Estados-Membros da norma interna contrária a norma comunitária impende imediatamente sobre qualquer juiz nacional, não havendo que esperar nem por revogação nem por declaração de inconstitucionalidade daquela (4).

2. No que toca às normas constitucionais dos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça excluiu, no caso da *Internationale Handelsgesellschaft*, que elas próprias pudessem ser opostas à eficácia do direito comunitário no território daqueles. Considerou que "*o recurso a regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito atentar contra a unidade e a eficácia do direito comunitário*"; e que "*o direito nascido do Tratado não poderia, em razão da sua natureza, ver serem-lhe judicialmente opostas regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sem perder o seu carácter comunitário e sem que seja posta em causa a base jurídica da própria Comunidade*". Daí que "*a invocação de ofensas seja dos direitos fundamentais tais como se encontram formulados na Constituição de um Estado-Membro, seja dos princípios de uma estrutura constitucional, nunca poderia afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado*" (5).

Mais próximo no tempo, o Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no caso *Tanja Kreil* considerou, igualmente no âmbito de uma questão prejudicial, que a parte final do n.º 4 do art. 12.º da *Grundgesetz* alemã, na formulação que tinha, segundo a qual as mulheres "*não podem, em nenhum caso, prestar ser-*

(2) Ac. de 15.07.64, Proc. n.º 6/1964 (<http://www.curia.europa.eu/>). O aresto invoca ainda os fins e o espírito do Tratado e o princípio da não-discriminação.

(3) "... *seria contrário à natureza de um tal sistema [ordenamento jurídico próprio, integrado na ordem jurídica dos Estados-membros e que se impõe às suas jurisdições] admitir que os Estados-membros pudessem tomar ou manter em vigor medidas susceptíveis de comprometer o efeito útil do Tratado*" (ênfase aditada) — Ac. de 13.02.69, Proc. n.º 14/68 (*ibidem*).

(4) Ac. de 09.03.78, Proc. n.º 106/77 (*ibidem*).

(5) Ac. de 17.12.70, Proc. n.º 11/70 (*ibidem*). Em seguida, o Tribunal apreciou se o Regulamento n.º 120/67/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1967, ofendia algum direito fundamental protegido no âmbito comunitário, extraindo conclusão negativa semelhante àquela que, no âmbito da Lei Fundamental de Bona, fora obtida pelo Tribunal Constitucional alemão.

viço armado” (*Dienst mit der Waffe*), seria contrária ao art. 2.º da Directiva 76/207/CEE, do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho⁽⁶⁾. O respeito do Acórdão no caso concreto não exigia, em rigor, a desaplicação da norma constitucional alemã, visto não ser razoável considerar a prestação de trabalho técnico de manutenção de armas como serviço armado. Era a lei ordinária que proibia o acesso de mulheres àquele trabalho. Mas os termos do Acórdão mostram que, no entendimento do Tribunal de Justiça, a disposição constitucional deveria, se fosse necessário, ser desaplicada, por contrariedade com a directiva⁽⁷⁾. Aliás, o constituinte alemão veio alterar, em 2000, o final do n.º 4 do art. 12.º da *Grundgesetz*. Onde se dizia que as mulheres não podem, em nenhum caso, prestar serviço armado, passou a afirmar-se que as mulheres “*não podem, em nenhum caso, ser obrigadas a prestar serviço armado*” (ênfase aditada).

3. Sem embargo de algumas dificuldades de enquadramento, conhecidas especialmente em Itália, a ideia da prevalência do direito comunitário sobre os direitos internos foi, no que toca à *lei ordinária*, acolhida com serenidade pelos tribunais dos Estados-Membros⁽⁸⁾. Aliás, algumas ordens jurídicas afirmavam ou reconheciam já, em geral, prevalência dos tratados sobre a lei. Era preciso apenas estender o primado ao direito comunitário derivado. De qualquer modo, ainda que o direito comunitário parecesse pretender reclamar autoridade própria, mostrava-se fácil reconduzir, alternativamente, a mencionada prevalência às constituições dos Estados-Membros.

(6) Ac. de 11.01.2000, Proc. n.º C-285/98 (*ibidem*). O litígio principal reportava-se à admissão da Senhora Tanja Kreil na *Bundeswehr*, em serviço de manutenção (electromecânica de armas). A decisão do Tribunal de Justiça, que pressupõe o efeito directo do art. 2.º da Directiva, foi no sentido de que este se opõe “à aplicação de disposições nacionais, tais como as do direito alemão, que excluem, de maneira geral, as mulheres do serviço armado e que autorizam o seu acesso somente aos serviços de saúde e às formações de música militar”.

(7) Por acórdão de 2 de Julho de 1996, o Tribunal de Justiça excluiu que o Luxemburgo pudesse invocar um preceito da sua Constituição (o art. 11.º) para legitimar que, conforme esta impunha, certos empregos e o exercício de certas funções fossem reservados a nacionais luxemburgueses (parágrafos 37 e 38, Proc. n.º C-473/93, *ibidem*). Mas tratava-se de acção de incumprimento, que é independente do efeito do direito comunitário na ordem dos Estados-Membros.

(8) Vejam-se os relatórios nacionais (Bélgica, França, Alemanha, Itália, Holanda e Reino Unido) em A.-M. Slaughter, A. S. Sweet e J. H. H. Weiler, *The European Courts & National Courts — Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, 1998; *vide*, ainda, p. ex., Patrícia Fragoso Martins, *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros*, Cascais, 2006, pp. 74 ss.

Em Itália, a eventual desconformidade da lei interna com o Tratado de Roma foi configurada como questão de inconstitucionalidade⁽⁹⁾, por referência ao art. 11.º da Constituição⁽¹⁰⁾. O Tribunal Constitucional veio, entretanto, precisar que “a norma interna é imediatamente desaplicada por qualquer juiz, enquanto implicitamente caducada, se for seguida no tempo pela norma comunitária incompatível; é, pelo contrário, sujeita a censura — com o desencadeamento do correspondente incidente de inconstitucionalidade, por referência ao art. 11.º da Constituição — quando seja emitida em violação de normas comunitárias previgentes”⁽¹¹⁾. A Sentença n.º 170/1984 (caso *Granital*) afastou o tratamento diferenciado conforme a relação temporal entre as normas e excluiu a caracterização de inconstitucionalidade atribuída à desconformidade entre lei interna posterior e norma comunitária anterior. A este respeito sublinhou o que já vinha sendo afirmado pela jurisprudência constitucional, mas a que conferiu novo alcance: direito interno e direito comunitário são sistemas “configurados como autónomos e distintos, ainda que coordenados, segundo a repartição de competências estabelecida e garantida pelo Tratado”. Em todo o caso, a sentença sublinha que “o ordenamento italiano ... consente precisamente que o regulamento comunitário produza no território nacional efeito enquanto tal e porque tal”, isto é, “reconhece-se-lhe a eficácia de que é provido no ordenamento de origem”.

Em 2001, uma revisão constitucional modificou o art. 117.º da Constituição⁽¹²⁾. Entre outras alterações, o início do preceito passou a fazer expressa referência à subordinação do poder legislativo, tanto do Estado como das Regiões, não só à Constituição, como aos “vínculos” que derivam do ordenamento comunitário e das obrigações internacionais. Depois disso, diversas sentenças do Tribunal Constitucional, proferidas em fiscalização abstracta desencadeada pelo

(9) Assim, Sentenças da *Corte Costituzionale* n.ºs 14/1964 (proferida precisamente no mesmo caso, conhecido como *Costa v. Enel*, sobre o que se pronunciou o Tribunal de Justiça das Comunidades), 232/1975, 205/1976 e 163/1977 (<http://www.cortecostituzionale.it>).

(10) O art. 11.º, cujas segunda e terceira partes foram concebidas em 1947 a pensar principalmente nas Nações Unidas, diz: “A Itália repudia a guerra como instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução de diferendos internacionais; consente, em condições de paridade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as Nações; promove e favorece as organizações internacionais destinadas a tal fim”.

(11) Sentença n.º 177/1981 (a qual, do mesmo modo que as sentenças da *Corte Costituzionale* a seguir referidas, pode ser lida no sítio da *Internet* mencionado na nota 9). As Sentenças n.ºs 183/1973 e 170/1984 encontram-se também publicadas em Maria Luísa Duarte e Pedro Delgado Alves, *União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, 2006, pp. 195 ss.

(12) *Legge Costituzionale* n.º 3, de 18.10.2001.

Governo, trataram como questão de inconstitucionalidade, com referência ao início do art. 117.º da Constituição, a desconformidade entre leis regionais e directivas comunitárias, mesmo quando estas possuíam os requisitos para o efeito directo ⁽¹³⁾. O art. 127.º da Constituição, onde a referida fiscalização abstracta se encontra prevista, refere-se ao âmbito de competência das Regiões. Ter-se-á entendido que leis regionais desconformes com directivas comunitárias excederiam tal competência.

4. Muito mais melindroso é o tema da desconformidade do direito comunitário com as normas constitucionais dos Estados-Membros, no que toca ao efeito interno daquele direito ou à sua aplicabilidade pelos tribunais do Estado-Membro cuja constituição se encontre em causa. Ainda aqui o tratamento da matéria apresentou peculiaridade em Itália. Mas o Tribunal Constitucional italiano foi também pioneiro, na substância.

A peculiaridade resultou da concepção, prevalecente em Itália, relativamente à necessidade de recepção individualizada ou de “transformação” dos tratados internacionais, combinada com a circunstância de, nos termos do art. 134.º da Constituição, a competência do Tribunal Constitucional ser limitada à inconstitucionalidade das leis e dos actos com força de lei do Estado e das Regiões. Isso fez que a questão da desconformidade dos tratados com a Constituição fosse configurada como questão de inconstitucionalidade da lei que torne aqueles internamente “executórios”. Assim sucedeu relativamente à lei, de 1952, respeitante ao Tratado institutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Sentença n.º 98/1965 do Tribunal Constitucional) e à lei, de 1957, respeitante ao Tratado institutivo da Comunidade Económica Europeia (Sentença n.º 183/1973). Neste quadro, mostrou-se mesmo possível fazer chegar ao Tribunal Constitucional a questão da desconformidade de um regulamento comunitário com a Constituição, reconduzindo o regulamento à lei que tornara “executório” o tratado (Sentença n.º 183/1973).

A Sentença n.º 14/1964 tinha entendido que o art. 11.º da Constituição legitimava o ordenamento comunitário e as limitações de soberania que este implicava, sem necessidade de que, relativamente a cada tratado, intervisse lei de revisão constitucional. No caso sobre que se pronunciou a Sentença n.º 98/1965, aquilo que estava em causa era a competência exclusiva do Tribunal de Justiça das Comunidades para conhecer dos recursos dos actos da Alta Autoridade da C.E.C.A. e a identificação dos vícios que, quanto a estes, seriam relevantes, perante o direito à tutela jurisdicional relativamente a actos da administração pública consagrado no art. 113.º da Constituição. O Tribunal entendeu que a tutela

⁽¹³⁾ P. ex., Sentenças n.ºs 166/2004, 406/2005 e 129/2006.

prevista no art. 113.º e no art. 102.º (este com referência a quem exerce a função jurisdicional) é conferida à posição do sujeito no ordenamento interno, não num ordenamento distinto. O ordenamento interno “*reconheceu o ordenamento comunitário, não para inseri-lo no seu sistema, mas para tornar operante neste a cooperação internacional que se encontra nos seus fins e para delimitar os casos em que a actividade que os órgãos da comunidade se encontram legitimados para desenvolver no âmbito da sua competência tem efeitos internos*”. Todavia, sublinha a decisão, “*não se nega que tais efeitos se encontram determinados sem prejuízo do direito do particular à tutela jurisdicional; este direito pertence aos direitos invioláveis do homem, que a Constituição garante no artigo 2, como resulta ainda da consideração que lhe atribui o artigo 6 da Convenção europeia dos direitos do homem, tornada executória com a lei de 4 de Agosto de 1955, n.º 488*”. O regime de recursos no âmbito da C.E.C.A. respeitaria, porém, esse direito.

Na Sentença n.º 183/1973, proferida a propósito de um regulamento comunitário, o Tribunal insistiu em que as normas de direito comunitário não são “*qualificáveis como fontes de direito internacional, nem de direito estrangeiro, nem de direito interno de cada um dos Estados*”. O padrão dos regulamentos comunitários é, em princípio, o próprio direito comunitário. No que toca a direitos fundamentais garantidos pela Constituição italiana, a circunstância de (ao tempo) as competências dos órgãos comunitários se restringirem ao domínio económico tornaria “*difícil configurar, mesmo em abstracto, uma hipótese em que um regulamento comunitário possa incidir em matéria de relações civis, ético-sociais ou políticas com disposições contrastantes com a Constituição italiana. Basta acrescentar que, com base no art. 11.º da Constituição, foram consentidas limitações de soberania unicamente para as finalidades aí indicadas; e deve assim excluir-se que tais limitações, concretamente expressas no Tratado de Roma (...), possam comportar para os órgãos da C.E.E. um inadmissível poder de violar os princípios fundamentais do nosso ordenamento constitucional ou os direitos inalienáveis da pessoa humana. E é óbvio que, se alguma vez se fizesse do art. 189.º [do Tratado] uma tão aberrante interpretação, em tal hipótese estaria sempre assegurada a garantia do controlo jurisdicional deste Tribunal sobre a duradoura compatibilidade do Tratado com os mencionados princípios fundamentais*”.

Assim se construiu aquilo a que veio a chamar-se doutrina dos *contralimites*, isto é, dos limites às limitações da soberania⁽¹⁴⁾. A Corte Costituzionale reafirmou-a frequentemente, por regra em *obiter dicta*⁽¹⁵⁾.

(14) P. Barile, “Ancora su diritto comunitario e diritto interno”, in *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, VI, Firenze, 1969, pp. 48 ss.; Tania Groppi, “La ‘primauté’

5. A doutrina dos contralimites no domínio dos direitos fundamentais foi igualmente adoptada pelo Tribunal Constitucional alemão.

No Acórdão *Solange I*, de 29 de Maio de 1974, proferido precisamente sobre o caso que, no Tribunal de Justiça das Comunidades, deu origem à decisão *Handelsgesellschaft*, o *Bundesverfassungsgericht* considerou que, enquanto o processo de integração europeia não se encontrasse tão desenvolvido que o direito comunitário dispusesse de um elenco de direitos fundamentais estabelecido por um parlamento e adequado ao catálogo de direitos fundamentais da *Grundgesetz*, a submissão ao Tribunal Constitucional por um tribunal da República Federal alemã, num processo de controlo normativo, de uma disposição de direito comunitário interpretada pelo Tribunal Europeu no âmbito do art. 177.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia é não só permitida como devida, se o tribunal alemão considerar a disposição do direito comunitário inaplicável nessa interpretação, por colidir e enquanto colidir com um direito fundamental da *Grundgesetz*. No caso, considerou que a disposição controvertida do regulamento comunitário não infringia nenhum direito fundamental⁽¹⁶⁾. A situação no plano do direito comunitário evoluiu e, na chamada decisão *Solange II*, de 22 de Outubro de 1986, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que não se justificava o exercício do poder de controlo referido e, por conseguinte, que os direitos fundamentais da *Grundgesetz* funcionassem como padrão das normas comunitárias, enquanto as comunidades e, em particular, a jurisprudência do respectivo Tribunal assegurar uma protecção efectiva dos direitos fundamentais e do respectivo conteúdo essencial. No caso do Regulamento das Bananas, de 7 de Junho de 2000, o Tribunal Constitucional entendeu que o meio processual para protecção de direitos fundamentais (*Verfassungsbeschwerde*) podia, mas só podia, ser admitido se viesse acompanhado da alegação de que o Tribunal de Justiça europeu não estaria a assegurar o nível exigível de tutela dos direitos fundamentais.

del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional nacional: un punto de visto comparado”, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 5 (2006). Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano, mas de outra perspectiva, vide Nuno Gaioso Ribeiro, “Constituição Europeia e Constituições nacionais: compatibilidade ou conflito? — O caso italiano e a jurisprudência da *Corte Costituzionale*”, in *O Direito*, 137, IV-V (2005), pp. 935 ss.

(15) P. ex., Sentenças n.ºs 1146/1958, 203/1989, 232/1989, 168/1991, 509/1995, 126/1996 e 93/1997. Estas últimas indicações foram recolhidas num trabalho provisório de A. Celotto e T. Groppi, disponível em www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/Celotto.doc, não citável. Aqui dá-se apenas conta da utilização de material referido nesse texto.

(16) <http://www.ecln.net/>, onde são igualmente acessíveis os acórdãos do Tribunal Constitucional alemão a seguir referidos no texto. Estes foram ainda publicados, com tradução francesa e, num caso (*Maastricht*), com tradução portuguesa, em Maria Luísa Duarte e Pedro Delgado Alves, *ob. cit.*, pp. 17 ss. e 281 ss.

6. Em consequência da revisão constitucional de 1992, destinada a possibilitar a ratificação do Tratado de Maastricht, o art. 23.º, n.º 1, da *Grundgesetz* veio permitir que a República Federal da Alemanha transferisse direitos soberanos para uma União Europeia que garanta uma protecção dos direitos fundamentais comparável àquela que é concedida pela Lei Fundamental.

Na notabilíssima decisão do Tribunal Constitucional alemão respeitante ao Tratado de Maastricht, aquele órgão reconheceu que, se o tratado atribuísse aos órgãos da Comunidade e da União a *competência da competência*, isso seria incompatível com a Lei Fundamental; mas recusou-se a ver no que era então o art. F, n.º 3, o Tratado da União Europeia (hoje, art. 6.º, n.º 4), segundo o qual “a União dotar-se-á dos meios necessários para atingir os seus objectivos e realizar com êxito as suas políticas”, uma norma que conferisse a competência da competência ou que, por qualquer modo, permitisse à União ou à Comunidade que se “apropriassem” de competências. Referiu que o Tratado de Maastricht mantém o “princípio da autorização individual limitada” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) às instituições europeias, acentuou o papel dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e sublinhou a distinção entre modificação do tratado (que requer a concordância, na forma própria, de todas as partes) e interpretação daquele. Neste quadro entendeu que a aprovação do Tratado de Maastricht não violava a Lei Fundamental e, em particular, o princípio democrático (era essa a perspectiva do meio processual [*verfassungsbeschwerde*] que estava a ser apreciada). Mas não deixou de afirmar que, “se, porventura, as instituições ou os órgãos europeus manipulassem ou construíssem o Tratado da União em termos que não fossem cobertos pelo tratado tal como esteve na base da lei de aprovação alemã, os actos jurídicos adoptados nesses termos não seriam vinculativos no espaço de soberania alemã. Os órgãos do Estado alemão estariam constitucionalmente impedidos de aplicarem esses actos na Alemanha. Consequentemente, o Tribunal Constitucional Federal aprecia se os actos das instituições e dos órgãos europeus se mantêm nos limites das competências que lhes foram atribuídas ou se os violam” (C.I.3) (17).

7. Recentemente, as questões de desconformidade material entre normas europeias e normas constitucionais dos Estados-Membros assumiram nova intensidade.

Em França, várias decisões do Conselho Constitucional, a começar numa de 10 de Junho de 2004, consideraram que “a transposição para o direito

(17) Acórdão do Segundo Senado do Tribunal Constitucional de 12 de Outubro de 1993. Há tradução portuguesa de Margarida Brito Correia, publicada em *Direito e Justiça*, VII:2 (1994), pp. 263 ss., e reproduzida em Maria Luísa Duarte e Pedro Delgado Alves, *ob. cit.*, pp. 283 ss.

interno de uma directiva comunitária resulta de uma exigência constitucional à qual só uma disposição expressa da Constituição poderia obstar; que, na ausência de uma tal disposição, pertence apenas ao juiz comunitário, intervindo, sendo caso disso, a título prejudicial, controlar o respeito por uma directiva comunitária tanto das competências definidas pelos tratados como dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 6 do Tratado sobre a União Europeia” (18). Mais tarde, o *Conseil Constitutionnel* ressaltou, no que toca à transposição de directivas e excepção feita à intervenção do poder constituinte, as regras ou princípios inerentes à identidade constitucional da França (19).

Na Polónia, o Código de Processo Penal havia transposto a decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu, prevendo, como esta impõe, a possibilidade de entrega de nacionais polacos. Por decisão de 27 de Abril de 2005, o Tribunal Constitucional polaco declarou inconstitucional a disposição pertinente do Código de Processo Penal, na parte em que se referia a nacionais, por violação do art. 55.º, n.º 1, da Constituição, o qual proíbe a extradição de cidadãos polacos (20). A declaração de inconstitucionalidade da disposição do Código de Processo Penal implica um juízo de inconstitucionalidade sobre a decisão-quadro europeia e a impossibilidade da sua execução no espaço jurídico da Polónia, passado o período de limitação, no tempo, dos efeitos da inconstitucionalidade, determinado pelo Tribunal. Anote-se que a decisão-quadro sobre mandato de detenção europeu se situa no chamado “terceiro pilar”, fora do âmbito da Comunidade Europeia (21). Logo a seguir, por acórdão de 11 de Maio de 2005, o Tri-

(18) Decisão n.º 2004-496 DC, de 10.06.04; *vide*, ainda, Decisões n.ºs 2004-497DC, de 01.07.04, e 2004-499 DC, de 29.07.04 (www.conseil-constitutionnel.fr/). Todavia, em 1992, o Conselho Constitucional tinha entendido que a ratificação do Tratado de Maastricht exigia prévia revisão constitucional, designadamente por atribuir direitos políticos a estrangeiros — Decisão n.º 92-308 DC, de 09.04.92 (*ibidem*). Ver ainda Maria Luísa Duarte e Pedro Delgado Alves, *ob. cit.*, pp. 413 ss.

(19) Decisão n.º 2006-540 DC (*ibidem*), considerando que a Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, sobre a harmonização de certos aspectos relativos ao direito de autor e direitos conexos na sociedade de informação, não contraria regras ou princípios inerentes à identidade constitucional da França.

(20) <http://www.ecln.net/>, em versão inglesa, disponível igualmente em Maria Luísa Duarte e Pedro Delgado Alves, *ob. cit.*, pp. 609 ss.

(21) A questão de saber se o princípio do primado também abrange o direito derivado, emitido no âmbito dos “segundo” e “terceiro” pilares nunca foi expressamente equacionada pelos tribunais comunitários, pelo que permanece em aberto (*vide* P. Craig e G. de Búrca, *EU Law — Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, p. 275, particularmente nota 1). A questão seria resolvida no sentido da ampliação pelo projecto de “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”, o qual, ao abolir a estrutura de “pilares”, determinava que (a par do direito originário) todo o direito adoptado pelas instituições da União Europeia, no exercício das competências que lhe são atribuídas, prevaleceria sobre o direito dos Estados-Membros.

bunal Constitucional polaco entendeu que o tratado de adesão da Polónia às Comunidades e à União Europeia, cuja celebração foi aliás precedida de referendo, não violava a Constituição da Polónia, no pressuposto, primeiro, da prevalência das normas constitucionais do Estado no que toca ao efeito interno do direito comunitário e, segundo, do respeito, pelos órgãos comunitários, das competências que se lhes encontrem atribuídas e ainda com observância dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. A interpretação do direito comunitário realizada pelo Tribunal de Justiça deverá, também ela, conter-se no âmbito das funções e competências delegadas pelos Estados-Membros nas Comunidades (22).

Igualmente o Tribunal Constitucional alemão se pronunciou sobre a lei de transposição da decisão-quadro respeitante ao mandado de captura europeu e também ele, por decisão de 18 de Julho de 2005, a declarou inconstitucional. O panorama constitucional era todavia diferente do da Polónia. O art. 16.º da *Grundgesetz*, reformado em 2000, já previa a possibilidade de extradição de cidadãos alemães para outro Estado-Membro da União Europeia ou para um tribunal internacional, “na medida em que os princípios do Estado de direito sejam garantidos”. O que o Tribunal Constitucional entendeu foi que a lei de transposição, de 21 de Julho de 2004, não garantiu suficientemente o respeito desses princípios, nem assegurou recurso. O Tribunal sublinhou que a desconformidade constitucional se situava numa área de liberdade do legislador alemão deixada pela decisão-quadro, excluindo assim que o juízo de inconstitucionalidade incidisse sobre o acto normativo comunitário (23).

8. Em Portugal, pode dar-se por assente a superioridade hierárquica do direito comunitário sobre a lei ordinária (24). As coisas foram aliás facilitadas

(22) *Ibidem*.

(23) 2Bvr2236/04, <http://www.bundesverfassungsgerecht.de/entscheidungen/>. Vide ainda Maria Luísa Duarte e Pedro Delgado Alves, *ob. cit.*, pp. 523 ss. Veja-se a anotação de Nuno Piçarra às decisões dos Tribunais Constitucionais polaco e alemão sobre o mandado de detenção europeu em *Jurisprudência Constitucional*, 8 (2005), pp. 64 ss., “simpática” relativamente à posição do Tribunal Constitucional polaco, muito crítica (injustificadamente) em relação à do Tribunal Constitucional alemão.

(24) Na jurisprudência é hoje ponto indiscutível: veja-se, a título de exemplo, o Ac. Tribunal Constitucional n.º 60/2006 e recorde-se o acórdão pioneiro do Supremo Tribunal de Justiça de 19.12.1991 (*BMJ*, 412 (1991), pp. 229 ss.). Quanto a doutrina, veja-se, p. ex., Maria Luísa Duarte, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra, 1992, pp. 80 ss.; Carlos Botelho Moniz / Paulo Moura Pinheiro, “As relações da ordem jurídica portuguesa com a ordem jurídica comunitária — algumas reflexões”, in *Legislação, Cadernos de Ciência e de Legislação*, INA 4/5, 1992, pp. 121 ss.; Carlos Botelho Moniz, “A Constituição da República Portuguesa e a participação de Portugal na União Europeia”, in *Juris et de Jure*, nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP — Porto, 1998, pp. 1225 ss.; Rui Moura Ramos, “The Adaptation of the Portuguese Constitutional Order to Community Law”, in *Boletim da Facul-*

por um entendimento dominante, que se havia formado muito antes da adesão de Portugal às Comunidades, no sentido da prevalência, no plano interno, das normas internacionais sobre o direito ordinário ⁽²⁵⁾.

Ponto susceptível de controvérsia respeita à questão de saber se cabe ou não recurso para o Tribunal Constitucional das decisões judiciais que desapliquem normas internas por contradição com os tratados europeus. É conhecida a divergência que, durante anos, se estabeleceu entre as então duas secções do Tribunal Constitucional no que toca à caracterização da desconformidade de normas internas (não constitucionais) com normas de direito internacional, em particular com as constantes de convenções internacionais. Enquanto a 1.^a Secção qualificava a desconformidade entre a norma interna e a norma internacional como inconstitucionalidade, que se traduziria na violação do art. 8.^o, n.^o 2, da CRP, a 2.^a Secção entendia que aquela se consubstanciava numa relação entre fontes e normas outras que a Constituição, embora definida por esta, e não era, pois, caracterizável como inconstitucionalidade.

A modificação de 1989 da Lei do Tribunal Constitucional veio regular a matéria *ex professo*, afirmando, numa aditada al. i) do n.^o 1 do art. 70.^o, que “*cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais ... (i) que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo, com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional*”. O art. 71.^o, n.^o 2, consigna que “*o recurso é restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida*”.

A nova formulação da lei pressupõe que, no plano imediatamente constitucional, a razão na controvérsia anterior pertencesse à 2.^a Secção. De outra maneira, a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional decorreria imediatamente da Constituição e seriam inconstitucionais as normas da Lei Orgânica

dade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXVI (2000), pp. 1 ss.; João Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, 2000, pp. 371 ss.; Ana Maria Guerra Martins, *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa (2000), pp. 69 ss.; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito Comunitário*, Coimbra, 2001, pp. 202 ss.; Maria Helena Brito, “Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003, pp. 305 ss.; Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 396 ss.

⁽²⁵⁾ Já no direito anterior à actual Constituição — *vide* a minha *Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa (Condições, Termos e Limites)*, Lisboa, 1967, pp. 92 ss. Em Maria Helena Brito, *est. cit.* na nota precedente, pp. 305-307, nota 7, encontra-se uma indicação muito completa da doutrina portuguesa, o mesmo acontecendo em Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, Cascais, 2002, pp. 147-148.

do Tribunal Constitucional, enquanto restringiriam esse recurso ⁽²⁶⁾. Sempre entendi que a desconformidade entre a lei interna e o direito internacional não se configura como inconstitucionalidade ⁽²⁷⁾ e, nesse quadro, o que consta da al. i) do n.º 1 do art. da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional corresponde apenas ao exercício, pelo legislador ordinário, da faculdade, reconhecida pelo que é hoje o art. 223.º, n.º 3, da CRP, de atribuir ao Tribunal Constitucional competências, a acrescer àquelas que lhe são directamente conferidas pela Constituição. De qualquer modo, o art. 70.º, n.º 1, al. i), da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional foi assumido como compromisso no interior do Tribunal, respeitado mesmo pelos juízes que anteriormente consideravam que a desconformidade da lei ordinária com o direito internacional se caracterizava como questão de inconstitucionalidade.

Perante o art. 71.º, n.º 1, al. i), da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, parece claro que, ainda que a situação não seja de inconstitucionalidade, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões que desapliquem normas constantes de actos legislativos com fundamento em desconformidade pelo menos com os tratados institutivos (e modificativos) das comunidades europeias e da União Europeia ⁽²⁸⁾. Todavia, o Tribunal Constitucional mostrou pelo menos relutância em conhecer da contradição entre lei interna e os tratados comunitários. Por um lado, efectuou uma interpretação estrita da restrição da competência às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional, a qual afasta do âmbito da jurisdição do Tribunal a questão, em si mesma, da existência ou não de contradição entre a norma legal e a convenção. Por outro lado, fez apelo a um passo de um artigo do seu antigo Presidente, Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, onde este sublinha que “*a recepção do direito comunitário envolve (ou envolveu) também a dos mecanismos institucionais que visam especificamente garantir a sua aplicação*”. Ora, compreendendo a ordem jurídica comunitária e a sua recepção “*uma instância jurisdicional precipuamente*

⁽²⁶⁾ As restrições traduzir-se-iam em, à semelhança do antigo regime da Comissão Constitucional, só haver recurso em caso de desaplicação da norma interna ou de desconformidade com decisão anterior que houvesse julgado a norma inaplicável; em a desaplicação relevante ser apenas a de norma constante de acto legislativo; em a apreciação do Tribunal Constitucional se limitar às questões jurídico-constitucionais ou jurídico-internacionais implicadas; e em, pelo menos à letra, só se abranger o direito internacional convencional.

⁽²⁷⁾ Vide a minha *Eficácia dos Tratados...*, cit., pp. 102 ss.

⁽²⁸⁾ Não já com o direito derivado. De algum modo neste sentido, José Manuel Cardoso da Costa, “O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, in *Ab Vno ad Omnes*, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995, Coimbra, 1998, o qual, no entanto, diz apenas que “*uma resposta negativa ... estará, de todo o modo, mais facilitada, e reunirá maior grau de probabilidade, no tocante ao direito comunitário derivado do que no concernente ao direito comunitário primário*” — p. 1373.

vocacionada para a sua mesma [da ordem jurídica comunitária] tutela (e não só no plano das relações interestaduais ou intergovernamentais), e concentrando ela nessa instância a competência para velar pela aplicação uniforme e pela prevalência das suas normas, seria algo incongruente que se fizesse intervir para o mesmo efeito, e no plano interno, uma outra instância do mesmo ou semelhante tipo (como seria o Tribunal Constitucional)” (29). Salvo o devido respeito, o último argumento não é suficiente, por si, para excluir a intervenção do Tribunal Constitucional, visto que, no que respeita à desconformidade dos direitos nacionais com o direito comunitário, o Tribunal de Justiça só conhece directamente de questões de licitude, em acções de incumprimento, as quais não são da iniciativa dos tribunais nacionais. No âmbito das questões prejudiciais apenas pode interpretar o direito comunitário. O que se mostra relevante é a combinação das competências do Tribunal de Justiça das Comunidades com a limitação dos poderes de cognição do Tribunal Constitucional consignada no n.º 2 do art. 72.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. Em princípio, as questões de direito internacional, incluindo a interpretação dos tratados, são questões de direito comunitário. Nessas, há dever de conformação com o entendimento do Tribunal de Justiça. Se a resposta à questão não for clara e o Tribunal de Justiça não se houver pronunciado, deve o próprio Tribunal Constitucional efectuar o reenvio prejudicial (30). Poderão ficar de fora as questões de validade dos tratados — das quais poderá depender a própria autoridade do Tribunal de Justiça — e de fora fica o tema do estatuto constitucional do direito comunitário. Mas questões do primeiro tipo não têm sido suscitadas e as do

(29) *Est. cit.* na nota precedente, pp. 1371 (onde se encontra o passo transcrito) e 1373 (onde para ele se remete a propósito do art. 71.º, n.º 1, al. i), da Lei do Tribunal Constitucional). Na jurisprudência, *vide*, em particular, os Acs. n.ºs 621/98, 466/03 e 46/04. Enquanto o primeiro aresto é categórico no sentido negativo, em geral, quanto à recorribilidade, para o Tribunal Constitucional, de decisões que desapliquem normas legais com fundamento na violação dos tratados comunitários, os outros dois não o são e o último, na decisão da reclamação para a conferência, preocupa-se sobretudo com a questão da possibilidade de convalidação dos fundamentos de recurso.

(30) Até agora, o Tribunal Constitucional não efectuou reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça. Mas reconheceu que o haveria de fazer, se se verificassem os respectivos pressupostos (Ac. n.º 163/90; cfr. José Manuel Cardoso da Costa, *est. cit.*, p. 1379, e António Araújo, Miguel Nogueira de Brito e Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “As Relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras Jurisdições Nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das Jurisdições Europeias”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Lisboa, 2003, pp. 262-264). Todavia, perante a interpretação da al. i) do n.º 1 do art. 70.º da Lei Orgânica que o Tribunal Constitucional tem feito, dificilmente ocorrerá situação que justifique o reenvio, fora da hipótese de inconstitucionalidade das normas comunitárias. E, quanto a esta última, as coisas mudaram em parte de figura com o novo n.º 4 do art. 8.º da Constituição, em termos que serão analisados adiante no texto.

segundo reduzem-se praticamente ao estatuto hierárquico dos tratados da Comunidade Europeia e da União Europeia, que, quanto à relação com a lei ordinária, não tem suscitado especiais dúvidas. Daí que nunca o Tribunal Constitucional tenha acabado por se pronunciar sobre o mérito das questões implicadas pela desaplicação da lei em resultado de desconformidade com os Tratados da Comunidade e da União Europeia.

9. No que toca à subordinação ou não, no plano interno, do direito comunitário às normas constitucionais portuguesas, a questão foi suscitada, perante o Tribunal Constitucional, a propósito precisamente do art. 234.º do Tratado CE (ex-art. 177.º), respeitante ao reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça. O recorrente requerera, no Supremo Tribunal Administrativo, reenvio prejudicial. Este indeferira, com o fundamento de que o ponto em causa havia já sido objecto de decisão do Tribunal de Justiça noutro caso. O interessado interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, arguindo, entre outras razões, a inconstitucionalidade do mencionado art. 234.º, na interpretação segundo a qual não haveria dever de reenvio quando existisse decisão em caso paralelo, por violação do princípio do juiz legal ou natural. O Tribunal Constitucional foi cauteloso. Entendeu que não se verificava o pressuposto do recurso da inconstitucionalidade que consiste em a questão ter sido suscitada em tempo. No mais reservou a sua posição: *“independentemente da questão — que se deixa em aberto — de saber se na competência do Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, al. b), se insere a apreciação da “constitucionalidade” de normas do Tratado de Roma (direito comunitário originário) e nos (dos?) termos em que a recorrente coloca a “questão de inconstitucionalidade...”* (31).

Quanto aos tribunais comuns, uma vez, pelo menos, foi a questão da inconstitucionalidade das normas comunitárias perante eles suscitada — no chamado *caso Champalimaud*. O Senhor António Champalimaud requerera, no Supremo Tribunal Administrativo, a suspensão da eficácia dos despachos do Ministro das Finanças português de 18 de Junho e 2 de Agosto de 1999, pelos quais este se havia oposto à aquisição de participação qualificada pelo Banco Santander Central Hispano na Companhia de Seguros Mundial Confiança. Uma decisão da Comissão de 20 de Julho de 1999 tinha determinado, na pendência do processo de apreciação da concentração, que *“a República Portuguesa deve suspender com efeito imediato as medidas adoptadas relativamente à operação notificada e, em especial, a decisão do Exmo. Senhor Ministro das Finanças de 18 de Junho”*. Por sua vez, a decisão da Comissão de 3 de Agosto de 1999, que veio autorizar a concentração, referiu, num dos seus considerandos, que a deci-

(31) Ac. n.º 339/02. Vide ainda Acs. n.ºs 366/02, 476/02 e 510/04.

são de 20 de Julho produzia efeitos directos e imediatos, podendo ser invocada perante os tribunais nacionais.

A República Portuguesa entendeu que não tinha de suspender os despachos e não o fez. Em requerimento de suspensão de eficácia que apresentou perante o Supremo Tribunal Administrativo, e que viria a ser denegado, o Sr. António Champalimaud sustentou que a força vinculativa da decisão da Comissão obrigava o Tribunal a decretar a suspensão, independentemente de se verificarem ou não os requisitos previstos na lei portuguesa para o efeito. O Ministro das Finanças alegou que, se se quisesse ver na decisão uma injunção dirigida também aos tribunais, isso poria intoleravelmente em causa a independência destes, com ofensa da ideia de *Comunidade de Direito*, própria do Direito Comunitário, e do art. 203.º da Constituição da República Portuguesa. Afirmou explicitamente que, “*na sua aplicação na ordem interna portuguesa, o direito comunitário se encontra submetido pelo menos ao núcleo essencial da Constituição*”.

Em acórdão a vários títulos notável, relatado pela Conselheira Angelina Domingues, o Supremo Tribunal Administrativo afirmou:

“... parece claro logo na primeira análise sobre a questão que nunca uma decisão administrativa comunitária (equivalente no ordenamento jurídico interno a um acto administrativo) poderia impor-se pela forma pretendida pelo requerente a um Tribunal, sem atentar contra a sua independência.

Seria a inversão total do que se passa num Estado de Direito, como é o nosso, ao arrepio também das normas e valores que regem a Comunidade Europeia.

Em vez de serem os tribunais a dirimir os litígios, declarando o direito aplicável à situação controvertida, estando os particulares e a administração obrigados ao cumprimento das respectivas decisões, passar-se-ia, no entendimento subjacente à tese defendida pelo requerente a este propósito, o inverso” (32).

O Tribunal não chegou a considerar *expressis verbis* como inconstitucional a suposta norma comunitária que determinasse a observância da decisão da Comissão. As normas e valores que regem a Comunidade Europeia (no fundo, a ideia de *Comunidade de Direito*) eram suficientes para afastar o entendimento que conduzia a uma tal norma. O Tribunal efectuou uma interpretação con-

(32) Proc. n.º 45.389/A, 3.ª Subsecção da Secção do Contencioso Administrativo, Ac. de 27 de Outubro de 1999.

forme aos princípios e valores do direito comunitário e da Constituição portuguesa. Mas ficou claro que esta última era também *padrão*, no que toca à aplicação do direito comunitário na ordem interna ⁽³³⁾.

10. O projecto de tratado que estabelece uma Constituição para a Europa saído da Convenção afirmava, no art. 10.º, n.º 1, que “*a Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas prevalecem sobre o direito dos Estados-Membros*” (corrijo a versão oficial que utiliza uma palavra — “*primam*” — inexistente em português com o significado pretendido na frase).

O que era o art. 10.º, n.º 1, do projecto de Tratado converteu-se, na Conferência Intergovernamental, em art. I-6.º Porém, o seu texto ficou inalterado,

⁽³³⁾ José Luís da Cruz Vilaça veio anotar o Acórdão na parte respeitante às relações com o direito comunitário, em termos fortemente críticos (“Direito comunitário e direito interno: decisão da Comissão baseada no artigo 21.º do Regulamento sobre o controlo das concentrações — o ‘caso Champalimaud’ — Ac. do STA de 27.10.1999, p. 45.389-A”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 29 (2001), pp. 18 ss.). A ideia seria, em resumo, a de que o Acórdão teria revelado “*incompreensão perante a natureza das relações entre o direito comunitário e o direito interno de um Estado-membro, em particular, no que respeita à eficácia jurídica de uma decisão concreta da Comissão Europeia, baseada directamente num regulamento comunitário*”. E acrescenta: “*O dever dos órgãos jurisdicionais nacionais de assegurar a plena eficácia de uma tal decisão em nada belisca a independência do poder judicial*” (p. 34). Salvo o devido respeito, a incompreensão é do comentador, o qual não levou em conta a específica natureza da (aliás ilegalíssima, mesmo desconsiderando a questão do âmbito dos seus destinatários) decisão da Comissão, que consiste numa *injunção*. É dirigida à República Portuguesa e a referência a esta poderia, sem outras considerações, incluir os tribunais. Simplesmente, injunções aos tribunais, que respeitem a sua independência, só podem provir de outros tribunais. Daí que, se se entendesse que a injunção, originária da Comissão, abrangia os tribunais portugueses, aquela ofenderia ostensivamente a independência destes. Se a Comissão tivesse sabido ser hábil, não teria ordenado a suspensão, teria ela própria suspendido o acto do Ministro das Finanças português, conforme aliás um seu comunicado chegou falsamente a afirmar que fizera. Quase tão ilegal seria uma coisa como outra e enquanto, apesar da ilegalidade, os efeitos da suspensão se produzissem, os tribunais, que não tivessem poder de anulação ou de declaração de nulidade, e salvo reenvio prejudicial de validade, haveriam de reconhecê-los, embora o meio próprio não fosse o procedimento de suspensão da eficácia do acto. Mas subtileza de raciocínio não foi coisa que caracterizasse a Comissão no caso em referência. Aliás, nem a suspensão dos efeitos da oposição do Ministro das Finanças valeria à Comissão, pois, como muito bem sublinhou o Supremo Tribunal Administrativo, mesmo que se suspendesse aquela oposição, a inibição de voto manter-se-ia — esta resultava, em qualquer caso e *ope legis*, de aquisição de participação qualificada antes de não oposição do Ministro das Finanças. Ao contrário da anotação acabada de apreciar, Maria Luísa Duarte comentou favoravelmente a decisão do Supremo Tribunal Administrativo (“O artigo 10.º do Tratado da Comunidade Europeia”, in *Estudos do Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2000, pp. 102-104). O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo não recitou a ladaínia comunitarista; mas também isso representa uma virtude. Trata-se de um aresto que honra a magistratura portuguesa.

passando apenas a vir acompanhado de uma lacónica declaração segundo a qual “a Conferência constata ⁽³⁴⁾ que o artigo I-6.º reflecte a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Justiça de Primeira Instância”.

Em França e na Espanha, o projecto de tratado foi submetido à apreciação respectivamente do Conselho Constitucional e do Tribunal Constitucional. A questão posta pelo Presidente da República Francesa ao primeiro era a de saber se a ratificação do tratado requereria ou não prévia revisão constitucional. No que toca à questão da prevalência do direito da União sobre todo o direito nacional, o Conselho considerou que de várias cláusulas do projecto decorre que o instrumento jurídico mantém a natureza de tratado; sublinhou que o constituinte francês “consagrou a existência de uma ordem jurídica comunitária integrada na ordem jurídica interna e distinta de ordem jurídica internacional”; referiu que da declaração anexa ao projecto de Tratado resulta que o art. I-6.º não confere ao princípio do primado um alcance diferente do que este possui já; lembrou a sua jurisprudência anterior, sobre a prevalência do direito da União ⁽³⁵⁾, e concluiu no sentido de que a adopção do art. I-6.º do Tratado não requereria revisão constitucional ⁽³⁶⁾.

Em Espanha, o tema da conformidade do projecto de Tratado com a Constituição foi submetido pelo Governo ao Tribunal Constitucional nos termos do art. 95.º, n.º 2, da Constituição e abrangia igualmente, além de outras matérias, as questões de saber se o art. I-6.º do projecto de Tratado era constitucionalmente admissível e se o art. 93.º da Constituição se mostrava suficiente para que o Estado espanhol desse o seu consentimento ou se tal consentimento exigiria prévia revisão constitucional ⁽³⁷⁾.

A Declaração do Tribunal Constitucional espanhol n.º 1/2004, tirada por nove votos contra três, é muito mais elaborada do que a Decisão do Conselho Constitucional francês. No que aqui importa, assenta numa distinção entre *primazia* e *supremacia*: “*Primazia e supremacia são categorias que se desenvolvem em ordens diferenciadas. Aquela, na da aplicação de normas válidas;*

⁽³⁴⁾ Em bom português dir-se-ia “verifica”.

⁽³⁵⁾ *Supra*, nota 18.

⁽³⁶⁾ Decisão n.º 2004-505 DC, de 19.11.04 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>). Vide também Maria Luísa Duarte e Pedro Delgado Alves, *ob. cit.*, pp. 465 ss.

⁽³⁷⁾ Diz o art. 93.º da Constituição espanhola que, “*mediante lei orgânica, poderá ser autorizada a celebração de tratados pelos quais se atribua a uma organização ou instituição internacional o exercício de competências derivadas da Constituição...*”. O art. 95.º, por seu turno, estabelece: “*1. A celebração de um tratado internacional que contenha estipulações contrárias à Constituição exigirá prévia revisão constitucional. 2. O Governo ou qualquer das Câmaras pode requerer ao Tribunal Constitucional que declare se existe ou não essa contra-dição*”.

esta, na dos procedimentos de normação. A supremacia apoia-se no carácter hierárquico superior de uma norma e, por isso, é fonte de validade das que se lhe encontram infra-ordenadas, com a consequência, pois, da invalidade destas, se contravierem ao imperativamente disposto por aquela. A primazia, ao contrário, não se apoia necessariamente na hierarquia, mas também na distinção entre âmbitos de aplicação de diferentes normas... A supremacia implica, em princípio, primazia (...), salvo se a norma suprema tiver previsto, nalgum âmbito, o seu próprio afastamento ou desaplicação. A supremacia da Constituição é, pois, compatível com regimes de aplicação que outorguem preferência aplicativa a normas de um ordenamento diferente do nacional, sempre que a própria Constituição assim haja disposto". Um tal afastamento resultaria do art. 93.º da Constituição.

Antes, a Declaração havia referido que a primazia do direito da União não se afirma como superioridade hierárquica, mas como "*exigência existencial*" desse direito, a fim de conseguir na prática o efeito directo e a aplicação uniforme; havia sublinhado o princípio, mencionado no art. I-5.º do projecto de tratado, do respeito da identidade nacional dos Estados-Membros; tinha lembrado que a União se funda nos valores comuns dos Estados-Membros e o tratado nas tradições constitucionais destes; havia acentuado ainda que a primazia do direito da União não possui alcance geral, funcionando apenas no âmbito das competências àquela atribuídas.

Apesar de tudo, o Tribunal Constitucional espanhol sentiu-se forçado a introduzir uma reserva, para a eventualidade do que, segundo ele, seria hoje dificilmente concebível: uma dinâmica do direito da União Europeia que o tornasse inconciliável com a Constituição espanhola, sem que os hipotéticos excessos relativamente à própria Constituição europeia fossem remediados pelos meios por esta previstos. O Tribunal Constitucional admite poder ter de intervir, para assegurar a conservação da soberania do povo espanhol e a supremacia da Constituição que este se atribuiu, sublinhando, ao mesmo tempo, o direito de saída consagrado no art. I-60.º do Tratado, "*verdadeiro contraponto do seu art. I-6.º*".

Os votos de vencido arguíram, de modo irrefutável (e, em rigor, não refutado), que o art. 93.º apenas permite derrogações à Constituição no que toca a competência, não a preceitos materiais ⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ BOE, n.º 3, Suplemento de 04.01.05, e <http://www.ecln.net/>. A inadequação do art. 93.º para o efeito pretendido fora aliás afirmada, a propósito do direito de eleger e de ser eleito em eleições municipais, pelo mesmo Tribunal Constitucional, na sua Declaração n.º I/1991, de 01.07.1992 (<http://www.congressoes/constitucion>). As Declarações do Tribunal Constitucional espanhol encontram-se também publicadas em Maria Luísa Duarte e Pedro Delgado Alves, *ob. cit.*, pp. 341 ss.

II. O N.º 4 DO ARTIGO 8.º DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA: APLICABILIDADE, SENTIDO E ALCANCE

11. O processo de ratificação do “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”, assinado em 20 de Outubro de 2004, foi suspenso depois das respostas negativas obtidas nos referendos realizados em França e na Holanda — e sinceramente espero que não renasça a não ser numa orientação radicalmente diversa e sem pretensões constituintes⁽³⁹⁾. Mas aquilo que viria a ser o art. I-6.º do projecto final de Tratado deixou sequelas em Portugal. Suscitou veemente oposição e foi objecto de uma crítica sistemática, sobretudo da parte de Jorge Miranda⁽⁴⁰⁾. Ou por virtude dessa reacção ou porque considerassem que, sem alteração, a Constituição não permitia a prevalência das disposições do direito da União sobre as suas próprias disposições materiais⁽⁴¹⁾, os partidos que formavam então a maioria parlamentar (o PSD e o CDS) procuraram legitimar constitucionalmente a supremacia do direito da União sobre as próprias normas da Constituição. Para isso, propuseram um aditamento ao art. 8.º desta (seria o n.º 3, passando o então n.º 3 a n.º 4), do seguinte teor:

“As normas da Constituição Europeia e o direito adoptado pelas instituições da União Europeia, no exercício das competências que lhes são atribuídas, vigoram directamente na ordem interna e prevalecem sobre as normas do direito interno, sem prejuízo do respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático expressos na Constituição”⁽⁴²⁾.

O PS aderiu à proposta, que, por iniciativa sua, foi reformulada⁽⁴³⁾. E assim veio a ser aprovado o texto de um novo n.º 4 do art. 8.º, a dizer:

“As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências,

⁽³⁹⁾ Vide o meu texto “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”, in *O Direito*, 137, IV-V (2005), pp. 887 ss.

⁽⁴⁰⁾ Em especial, “A ‘Constituição Europeia’ e a ordem jurídica portuguesa”, in *O Direito*, 134-135 (2002-2003), pp. 9 ss., e, numa versão actualizada, em *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia — Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra, 2005, pp. 537 ss., além de diversas intervenções na imprensa não especializada. Vide ainda Paulo Pitta e Cunha, *A Constituição Europeia, um olhar crítico sobre o Projecto*, 2.ª ed., Coimbra, 2004, pp. 61 ss.

⁽⁴¹⁾ Neste último sentido se pronunciou, com a autoridade que resulta das funções exercidas, o então Presidente do Tribunal Constitucional, Conselheiro Luís Nunes de Almeida, na intervenção que teve na reunião de Lisboa (25-26 de Setembro de 2003) da *European Constitutional Law Network*, publicada em Ingolf Pernice / Miguel Poiares Maduro (eds.), *A Constitution for the European Union: First Comments on the Draft of the European Convention*, Nomos, 2003, pp. 11-12.

⁽⁴²⁾ Projecto de revisão constitucional n.º 3/IX, *DAR*, II Série-A, n.º 14, pp. 564-(9)-564-(24).

⁽⁴³⁾ Acta n.º 10, de 21.04.04, da Comissão de Revisão Constitucional, *DAR*, II Série, n.º 10, p. 312.

são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático” ⁽⁴⁴⁾.

Contra votaram apenas o PCP, o BE e os Verdes ⁽⁴⁵⁾. Mas houve deputados, e de muito peso, que formularam reservas em declaração de voto ⁽⁴⁶⁾.

12. A admitir-se (ponto que já de seguida será considerado) a imediata aplicabilidade do n.º 4 do art. 8.º da Constituição, julgo que Portugal será o único país cujo texto constitucional dispõe, em termos específicos, sobre o valor na ordem interna do direito da União Europeia e que expressa e também especificamente admite a sua prevalência sobre as normas constitucionais ⁽⁴⁷⁾.

Solução paralela — embora com outra formulação — fora considerada pela lei francesa de revisão constitucional n.º 2005-204, de 1 de Março de 2005.

⁽⁴⁴⁾ A justificação da proposta esteve, na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional e no Plenário, a cargo principalmente dos deputados Assunção Esteves, do PSD, e António Costa, do PS — *vide* Acta n.º 10, de 21.04.04, da Comissão da Revisão Constitucional, *DAR*, II Série, n.º 10, p. 312, e, quanto ao Plenário, *DAR*, I Série, n.º 78, de 23.04.04, pp. 4216-4219.

⁽⁴⁵⁾ *DAR*, I Série-A, n.º 78, de 23.04.04, p. 4227.

⁽⁴⁶⁾ Os deputados do PS Alberto Costa, Vítor Ramalho, Osvaldo Castro, Medeiros Ferreira, Maria Santos, Jaime Gama, Marques Júnior e Guilherme d’Oliveira Martins salientam que votaram “*a favor da nova redacção do artigo 8.º, n.º 4, na convicção de que ele não autoriza que as condições de eventual desaplicação de normas constitucionais portuguesas e suas consequências sejam definidas por instrumentos ou instituições sobre os quais a ordem constitucional portuguesa não possa exercer qualquer espécie de controlo*”. E acrescentam: assim, “*o direito da União que versa esse aspecto da questão do primado e seus efeitos sobre as obrigações dos Estados só poderá ter, no nosso entendimento, natureza convencional (e não emanar apenas de instituições da União)*” (*DAR*, I Série, n.º 78, de 23.04.04, pp. 4300-4301). A ideia parece consistir em que só será relevante a prevalência estabelecida em tratado, embora aquela abranja tanto normas de direito originário como de direito derivado. Vitalino Canas, por seu turno, manifestou reservas, sublinhando sobretudo o carácter prematuro da adopção do preceito do n.º 4 do art. 8.º, quando o texto do tratado constitucional não se encontrava ainda fechado e o instrumento não havia sido aprovado, como não o veio a ser (*ibidem*, pp. 4302-4303).

⁽⁴⁷⁾ É frequente as Constituições conterem regras, com maior ou menor amplitude, sobre o valor interno do direito internacional ou dos tratados internacionais (p. ex., as de Portugal, Espanha, França, Alemanha, Holanda), estendendo-se, ocasionalmente, a actos de organizações internacionais (Portugal, Holanda...), ou normas a autorizarem a transferência de poderes para instituições europeias ou, em geral, para organizações internacionais, mas abrangendo aquelas (Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha...). Num caso, admite-se que tratados internacionais derroguem, eles próprios, as normas constitucionais, exigindo-se, para tal, que sejam aprovados por maioria idêntica à requerida para a revisão constitucional, mas sem que todas as exigências formais dessa tenham de ser cumpridas (Constituição dos Países Baixos, art. 91.º, n.º 3). Todavia, com ressalva do que no texto se diz quanto à França, não conheço preceito constitucional, outro que o n.º 4 do art. 8.º da CRP, que especificamente disponha sobre o estatuto interno do direito comunitário.

Esta previa que, se e quando o tratado assinado na sequência da conferência intergovernamental de Roma entrasse em vigor, passasse a constar do art. 88.º, n.º 1, da Constituição que “*a República francesa participa na União Europeia, constituída pelos Estados que escolheram livremente exercer em comum certas competências suas, nas condições fixadas pelo tratado que estabelece uma Constituição para a Europa assinado em 20 de Outubro de 2004*”⁽⁴⁸⁾ (ênfase aditada). Pelo menos *prima facie*, a participação nas condições fixadas no tratado envolveria a aceitação da subordinação do direito nacional ao direito europeu nos termos do art. I-6.º daquele.

13. O constituinte português, intervindo em momento anterior ao do francês, não teve a prudência de que este último se rodeou e não condicionou, pelo menos explicitamente, a disposição do n.º 4 do art. 8.º à entrada em vigor do que era então o projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (doravante também o projecto de Tratado ou o Tratado). É certo que se pode dizer que a questão do estatuto do direito comunitário na ordem interna, na sua colocação e nos termos básicos da sua resposta, se mostra independente do que constava do projecto de Tratado. Mas aquilo que hoje temos é apenas uma posição de órgãos comunitários — especialmente do Tribunal de Justiça — sem legitimação directa pelos Estados. Com o Tratado estes iriam, através da sua ratificação, aceitar, expressa e formalmente, a supremacia do direito da União Europeia sobre os direitos nacionais. O tema tornava-se, pelo menos, muito mais agudo, no que toca designadamente à legitimidade de os Estados procederem à ratificação do Tratado.

Todavia, independentemente de discussões de política legislativa constitucional, será que o art. 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa é imediatamente aplicável? Não terá, ainda que por forma velada, diferido e condicionado a sua aplicabilidade?

A dúvida resulta do uso, na terminologia do art. 8.º, n.º 4, das palavras “União Europeia” e “União”, desligadas de qualquer associação, pelo menos explícita, às comunidades europeias. Conforme se sabe, seria o Tratado, ao tempo da revisão constitucional ainda na versão saída da Convenção, que tudo unificaria sob a designação de União Europeia. Esta seria refundada (arts. 1.º, n.º 1, depois I-1.º, e IV-2.º, depois IV-437.º), numa espécie de palingénia.

⁽⁴⁸⁾ <http://www.legifrance.gouv.fr/>. O art. 88.º, n.º 1, sem a alteração condicional introduzida, diz que a República francesa participa nas Comunidades europeias e na União europeia, mas não inclui nenhuma remissão para os termos dos tratados. A revisão de 2005 acrescentou, para ser depois substituída pela redacção transcrita no texto, uma autorização para a República “*participar na União europeia nas condições previstas no tratado que estabelece uma Constituição para a Europa assinado em 29 de Outubro de 2004*”.

A União, e ela só no quadro que foi — e é — das comunidades europeias, seria dotada de personalidade jurídica (art. 6.º, depois I-7.º). Não poderá dizer-se que, ao aludir apenas a União Europeia e ao direito da União, o constituinte se referia somente à entidade jurídica que se esperava vir a resultar do Tratado (49)?

Há várias razões que apontam em sentido contrário e a primeira é a de que, se o legislador apenas quisesse reportar-se à prevista futura União Europeia, teria inserido uma norma transitória, como veio a fazer o constituinte francês. O uso da expressão “União Europeia”, numa acepção ampla, compreende-se por esta ser uma fórmula capaz de abranger tanto a situação presente quanto a situação ao tempo esperada no futuro. Na concepção metafórica dos três pilares, a União, hoje, de alguma maneira inclui as Comunidades. É certo que a actual União Europeia e aquela que resultaria do Tratado seriam realidades juridicamente distintas. Mas haveria alguma identidade política e continuidade jurídica (art. IV-3.º, depois IV-438.º). Não era impossível, para dar amplitude ao significado, falar, por exemplo, de instituições europeias, em vez de União Europeia. Mas aí corria-se o risco de amplitude excessiva: em rigor, abranger-se-ia também o Conselho da Europa.

Significativo de que o constituinte, com a expressão “União Europeia”, tanto quis mencionar a situação presente, incluindo União, Comunidade Europeia e Comunidade Europeia da Energia Atómica, como a futura prevista União que resultaria do Tratado é a utilização do plural na palavra “tratados”: “tratados que regem a União Europeia”. Conforme é uso dizer nos contratos em língua inglesa, “o plural inclui o singular”. Se o Tratado em projecto tivesse sido ratificado, “disposições dos tratados” significaria (pelo menos enquanto não houvesse novos tratados de adesão) disposições do *tratado*. Mas hoje os tratados são vários e era indispensável utilizar o plural para abranger a situação. Aliás, a menção das disposições dos tratados veio substituir aquela que, no projecto originário, era feita às “normas da Constituição Europeia”, o que revela o propósito de tornar o preceito constitucional português independente da ratificação e entrada em vigor do Tratado.

A verdade é que já antes de 2004 a Constituição da República Portuguesa utilizava a expressão União Europeia em termos que claramente abrangiam as comunidades. Assim acontecia no art. 161.º, al. n) (“*Compete à Assembleia da República: ... n) Pronunciar-se, nos termos da lei, sobre as matérias pendentes de decisão em órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da*

(49) Maria Luísa Duarte demonstra que a forma mais correcta de designar hoje o que tradicionalmente era denominado Direito Comunitário é Direito da União e das Comunidades Europeias (*Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*, Lisboa, 2001, pp. 21 ss.), mas, por exemplo, Fausto de Quadros serve-se já, entre nós, apenas da designação “Direito da União Europeia” (*Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 21 ss.).

sua competência legislativa reservada), e no art. 164.º, al. p) (“É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias: ... p) Regime de designação dos membros de órgãos da União Europeia, com excepção da Comissão”).

Acresce — e tal mostra-se decisivo — que a revisão de 2004 veio fazer referência a *União Europeia* onde antes se aludia a *comunitário*, em preceitos de aplicação indiscutivelmente imediata (vinda, aliás, do passado). Sucedeu assim no art. 112.º, n.º 8, que passou a falar de “*transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna*” onde anteriormente se dizia “*transposição de directivas comunitárias*”, e no art. 227.º, n.º 1, al. x), onde, quanto à participação das regiões autónomas, se substituiu “*processos de decisão comunitária*” por “*processos de decisão da União Europeia*”, acrescentando-se ainda uma referência à transposição dos “*actos jurídicos da União*”.

Em suma: ainda que o projecto de Tratado tenha representado a *occasio* para a introdução do n.º 4 do art. 8.º da Constituição, a vigência ou a aplicabilidade deste não foram sequer implicitamente condicionadas à ratificação e à entrada em vigor do Tratado.

14. O art. 8.º, n.º 4, da Constituição remete para o direito da União Europeia a definição do regime de aplicabilidade na ordem interna das disposições dos tratados que regem aquela e das normas emanadas das respectivas instituições. É assim o direito da União e das Comunidades que dirá quando é que há efeito directo, horizontal ou vertical, ou aplicabilidade directa e qual a relação entre as normas comunitárias e as normas internas.

Anteriormente à revisão de 2004 entendia-se que a aplicabilidade interna do direito da União e das Comunidades europeias era regida em parte pelo n.º 2 (quanto aos tratados), em parte pelo n.º 3 (quanto às normas provenientes das instituições) do art. 8.º O n.º 4 veio agora consignar um regime especial, subtraindo a aplicabilidade do direito da União e das Comunidades europeias do regime geral constante dos n.ºs 2 e 3⁽⁵⁰⁾. Acontece que o n.º 3 faz depender a vigência interna das normas provenientes de órgãos das organizações internacionais de aquela resultar do tratado constitutivo. Note-se que, desde a revisão constitucional de 1989, deixou de se exigir que a determinação dos tratados sobre a eficácia interna dos actos dos órgãos fosse expressa. Note-se ainda que o requisito de que o efeito interno resulte do tratado há-de ser entendido no

⁽⁵⁰⁾ Rui Moura Ramos, “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”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 381-382, nota 35.

sentido de este último autorizar tal efeito, embora o órgão competente fique com a faculdade de o determinar ou não. Será que o regime do n.º 3 é aplicável às normas provenientes das instituições da União Europeia a que alude o n.º 4 ou — o que vai dar ao mesmo — que regime semelhante resultará para elas da Constituição?

O problema não terá hoje importância prática, visto que o efeito directo, para além dos casos em que se encontra expressamente disposto, e o primado do direito da União e das Comunidades têm sido retirados dos tratados, por interpretação. De qualquer modo, a aplicabilidade na ordem interna de normas provenientes dos órgãos comunitários decorre do exercício, pelas instituições da União, de poderes que originariamente são dos Estados. E, conforme sublinha Jorge Miranda, nos termos do n.º 6 do art. 7.º da Constituição, tal exercício tem de ser *convencionado* ⁽⁵¹⁾. Daí que os termos da aplicabilidade na ordem interna a que alude o n.º 4 do art. 8.º hajam de decorrer de tratado ⁽⁵²⁾.

Refira-se ainda que, por força do princípio da igualdade dos Estados-Membros, os termos definidos pelo direito da União quanto à aplicabilidade na ordem interna se hão-de reportar às ordens internas dos Estados-Membros em geral.

15. A remissão para o direito da União Europeia quanto aos termos da sua aplicabilidade na ordem interna não é, porém, irrestrita. Em rigor, o art. 8.º, n.º 4, adoptou a doutrina dos *contra-limites*, elaborada pelos tribunais constitucionais italiano e alemão, mas em modo mais amplo do que o aceite por estes, consubstanciado na fórmula da salvaguarda de *núcleo essencial* ou *irreduzível* da Constituição, a próxima daquela que havia sido sustentada por Maria Luísa Duarte ⁽⁵³⁾. O contra-limite é traduzido na noção de “*princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”.

O conceito de Estado de direito democrático é universalizável. Mas o Estado de direito democrático a que se refere o n.º 4 do art. 8.º é o Estado de direito democrático tal como concebido pela Constituição portuguesa, a que aludem o art. 2.º e o art.º 7.º, n.º 6. O uso do adjectivo *democrático* não deixa dúvidas a esse respeito.

⁽⁵¹⁾ Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, 2005, p. 93.

⁽⁵²⁾ Lembre-se a preocupação, quanto a este ponto, manifestada por alguns deputados e o pressuposto por eles assumido na votação do n.º 4 do art. 8.º (*supra*, nota 46).

⁽⁵³⁾ Maria Luísa Duarte, “O tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição (Notas de uma Reflexão Crítica)”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, pp. 704 ss.; Jorge Miranda, “A ‘Constituição Europeia’ e a Ordem Jurídica Portuguesa”, in *O Direito* (2002-2003), cit., p. 19, defende uma posição semelhante, mas por via de uma limitação na fiscalização da inconstitucionalidade.

Não cabe aqui análise detida quanto a quais sejam os princípios fundamentais do Estado de direito democrático a que se reporta o n.º 4 do art. 8.º Estará seguramente incluído o essencial dos direitos fundamentais — na aceção de direitos, liberdades e garantias, mas também na de direitos fundamentais dos trabalhadores; estará abrangida, também seguramente, a independência dos tribunais (o que significa que ainda hoje seria inaplicável em Portugal uma imaginária norma comunitária que autorizasse a Comissão a dirigir injunções aos tribunais); será necessário ainda o respeito do princípio democrático (tanto por via de sufrágio comunitário como de sufrágios nacionais), com pluralismo político.

16. A circunstância de a Constituição Portuguesa consignar limite à aplicabilidade interna do direito da União e das Comunidades nos termos estabelecidos por este direito implica que aquela se arrogue a competência para decidir, ela, sobre o direito aplicável na sua ordem interna. Assim, o art. 8.º, n.º 4, não significa a “rendição” da Constituição portuguesa ao direito da União e das Comunidades Europeias, nem o reconhecimento da competência do direito da União e das Comunidades Europeias para decidir sobre o seu efeito interno. Há, sim, reconhecimento de uma *pretensão* do direito da União e das Comunidades Europeias a ser internamente aplicável, sem limitação oposta pelos direitos nacionais. Mas, se essa pretensão fosse, como tal, reconhecida, a Constituição portuguesa não poderia, como todavia faz, impor-lhe limite. Este pressupõe que a Constituição portuguesa se considera competente para acolher ou não as pretensões do direito comunitário.

Tudo significa que são os critérios do direito constitucional português que subjazem ao disposto no n.º 4 do art. 8.º Tais critérios são os mesmos que comandam o regime de aplicabilidade do direito internacional na ordem interna, com duas particularidades.

O ponto não será decisivo, mas, antes de mais, refira-se que o direito da União e das Comunidades europeias é configurado pela Constituição como uma *parte do direito internacional*. O art. 7.º reporta-se, segundo os seus próprios termos, às “relações internacionais”. É nele (n.º 6) que se prevê a possibilidade de Portugal “*convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia*”. O art. 8.º tem por epígrafe *Direito internacional* e todo ele respeita à sua eficácia ou aplicabilidade da ordem interna. O n.º 1 refere-se ao direito internacional geral ou comum, o n.º 2 às normas convencionais, o n.º 3 às normas emanadas dos órgãos das organizações internacionais e o n.º 4, em especial, aos tratados que regem a União Europeia e às normas provenientes dos seus órgãos.

Conforme tive oportunidade de assinalar a propósito de disposições anteriores à Constituição de 1976, mas em termos que valem para esta, o fundamento da

eficácia, determinado pelo direito estadual, do direito internacional na ordem interna é o *interesse na conformidade da ordem interna com a ordem internacional* ⁽⁵⁴⁾.

Uma das particularidades respeitantes ao valor interno do direito comunitário resulta de este regular o seu próprio efeito nas ordens internas. A harmonia implicará aí fazê-lo aplicar na ordem interna portuguesa nos termos que ele mesmo determinar. A particularidade não é absoluta porque de certo modo ocorre também quanto a algumas normas de direito internacional ⁽⁵⁵⁾, assim como no âmbito do n.º 3 do art. 8.º

A segunda peculiaridade traduz-se no especial valor atribuído ao interesse na harmonia com a ordem comunitária, que leva a que este possa mesmo prevalecer sobre as normas constitucionais materiais, com ressalva dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

17. O respeito dos princípios do Estado de direito democrático não é, todavia, o único limite imposto à eficácia interna do direito comunitário. Há um segundo limite, embora de natureza diferente e que respeita somente ao direito derivado ou secundário: *que, na produção normativa, tenha sido respeitado o âmbito das competências dos órgãos da União e das Comunidades*. A expressão literal do limite encontra-se na seguinte locução constante do n.º 4 do art. 8.º: *“no exercício das respectivas competências”*.

O limite ora em causa tem uma razão evidente e apresenta uma importância decisiva. A União e as Comunidades não possuem autoridade originária. Têm aquela que lhes advém dos Estados-Membros, por delegação ou transferência de poderes, para o efeito tanto importa ⁽⁵⁶⁾. O princípio que rege a competência da União e das Comunidades é o da *atribuição* ⁽⁵⁷⁾. Esta resulta da vontade dos Estados-Membros, expressa em tratado. O art. 8.º, n.º 4, contém uma salvaguarda, no que toca ao efeito interno (único ponto no qual a Constituição pode dispor), contra os abusos dos órgãos comunitários: *se a produção normativa exceder as competências conferidas à União e às Comunidades, aquela não possuirá eficácia na ordem interna*.

⁽⁵⁴⁾ *Eficácia dos Tratados...*, cit., pp. 83-84 e 217-219. Cfr. Luís Serradas Tavares, *A aplicação interna das convenções internacionais face ao controlo do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1997, p. 90.

⁽⁵⁵⁾ Vide Luís Serradas Tavares, *ob. cit.*, pp. 27-28.

⁽⁵⁶⁾ Sobre a questão de saber se os Estados delegaram poderes nas comunidades ou lhes transferiram, vide Fausto de Quadros, *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Coimbra, 1991, pp. 200 ss.

⁽⁵⁷⁾ A afirmação é correntíssima, mas veja-se a sua cuidadosa análise feita por Maria Luísa Duarte, *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-membros*, Lisboa, 1997, pp. 213 ss.

Sublinhe-se que a observância das competências representa um *requisito autónomo*, imposto pela Constituição portuguesa, não exprimindo ou traduzindo apenas as regras comunitárias sobre os efeitos da incompetência. Se o que estivesse em causa fossem somente estas regras, seria inútil qualquer referência na Constituição portuguesa. Mandar aplicar o direito da União e das Comunidades na ordem interna significa mandá-lo aplicar com o seu próprio estatuto e designadamente com o regime de validades dos seus actos (58). Nada mais é necessário dizer. Já se se quiser que *a eficácia interna fique subordinada à competência dos órgãos que emitem as normas independentemente do regime comunitário dos efeitos da incompetência, torna-se necessário ressaltar que a eficácia interna só abrange as normas contidas no âmbito de competência das instituições da União Europeia*. Foi o que precisamente fez o n.º 4 do art. 8.º da Constituição portuguesa.

Nem se diga que o passo do art. 8.º, n.º 4, respeitante a competência, corresponde a mera reprodução mimética do que, ao tempo da discussão e votação da revisão constitucional, constava do art. 10.º, n.º 1, do projecto de Tratado saído da Convenção (relembrando: “*A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas prevalecem sobre o direito dos Estados-Membros*”). Em primeiro lugar, o projecto de Tratado estava a pronunciar-se somente sobre a prevalência do direito da União, enquanto a Constituição portuguesa se refere, em geral, à eficácia do direito da União na ordem interna. Em segundo lugar — e é o mais importante —, a Constituição regulou a eficácia interna do direito da União por remissão para este, pelo que não tinha de repetir requisitos, a não ser que quisesse atribuir-lhes significado autónomo. Finalmente, o Tratado não chegou a ser ratificado.

18. No ponto ora em causa, aquilo que a Constituição portuguesa fez, no essencial, foi adoptar o critério do Tribunal Constitucional alemão na decisão sobre Maastricht: *o respeito pelos órgãos da União e das Comunidades Europeias das competências (normativas) que lhe foram atribuídas pelos Estados é requisito de eficácia do direito derivado da União e das Comunidades na ordem interna*.

A repartição de competências que para os efeitos do n.º 4 do art. 8.º importa não é a que internamente se estabelece entre órgãos da União e das Comunidades — entre Parlamento, Conselho, Comissão. É, sim, por força da razão de ser do preceito, a repartição de competências entre União e Comunidades, de um lado, e os Estados, do outro. O que está em causa, como requisito da eficácia interna,

(58) *Eficácia dos Tratados...*, cit., pp. 85-92 e 220.

é que a União se mantenha no âmbito das competências que lhe foram atribuídas pelos Estados, através dos tratados.

19. Da circunstância de o respeito das competências normativas representar um requisito autónomo, imposto pelo direito português, de aplicabilidade, na ordem interna, do direito da União segue-se que, ao verificar se as competências foram ou não respeitadas, o tribunal que o fizer *não estará a aplicar o direito comunitário*, mas a aplicar, a *título prévio*, o art. 8.º, n.º 4, da Constituição portuguesa, isto é, o *direito nacional*. É evidente que, para apurar se as competências foram ou não respeitadas, o tribunal tem de interpretar os tratados. Mas estes vêm aqui à colação por via de remissão da Constituição portuguesa e, mais, por via de remissão constante da *previsão normativa*, não da *estatuição*. A estrutura normativa correspondente ao n.º 4 do art. 8.º é: *se a norma x, emitida por instituição da União, se contiver nas competências que os tratados atribuírem à União* (previsão), então determina-se que essa norma seja eficaz (aplicável) na ordem interna (estatuição). As normas sobre competência, enquanto normas comunitárias, não são aqui aplicadas sequer por remissão, porque não é a estatuição que remete. O que é aplicada é, pura e simplesmente, a norma do n.º 4 do art. 8.º da Constituição da República Portuguesa.

A consequência está em que, em primeiro lugar, os tribunais portugueses *não devem*, a este propósito, *nem podem* esperar por declaração de nulidade ou anulação do acto normativo comunitário; e, em segundo lugar, que os tribunais portugueses também *não devem*, *nem podem* efectuar, quanto à questão de competência, reenvio prejudicial, seja de interpretação, seja de validade. O reenvio prejudicial justifica-se para aplicação do direito comunitário e destina-se a tal aplicação, não à de normas de outras ordens jurídicas, ainda que as mesmas se sirvam de normas de direito comunitário. Não há, tão pouco, qualquer violação da doutrina do Acórdão Foto-Frost⁽⁵⁹⁾, porque não se está a apreciar a validade de qualquer acto comunitário e sim apenas o preenchimento, ou não, de um requisito fixado pela Constituição portuguesa. Nem se alegue paralelismo com a qualificação *lege causae* no domínio do direito internacional privado ou se invoque o interesse da harmonia das ordens jurídicas. Quanto ao primeiro, sucede que, além de não implicar a intervenção do tribunal estrangeiro, a qualificação *lege causae* só opera quando há remissão para uma lei, com vista a saber qual lei é chamada, e a questão da competência dos órgãos comunitários mostra-se prévia a qualquer remissão, da sua solução dependendo se esta existe ou não. Também no que toca ao interesse na harmonia das ordens jurídicas, a sua relevância depende do respeito das compe-

(59) Ac. de 22.10.87, Proc. n.º 314/85 (<http://www.curia.europa.eu/>).

tências conferidas aos órgãos da União e das Comunidades, o qual representa pressuposto de tal relevância.

Foram os Estados, entre os quais Portugal, que atribuíram competências aos órgãos comunitários e é a aplicação do direito português, ao estabelecer os pressupostos da eficácia do direito da União e das Comunidades europeias na ordem interna, que se encontra em causa. O que aqui importa é a perspectiva constitucional portuguesa sobre as competências atribuídas às instituições europeias, nada mais.

20. Temos assim dois limites à aplicabilidade do direito da União e das Comunidades na ordem interna portuguesa: o limite da competência atribuído pelos tratados àquelas e o do respeito dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático. Resta saber quais são os tribunais (portuguesas, claro) que intervêm para assegurar a sua observância, em particular se cabe ou não recurso para o Tribunal Constitucional.

A competência é um requisito prévio da própria eficácia, na ordem interna, do direito da União e das Comunidades. Trata-se evidentemente de um requisito estabelecido pela Constituição, cuja verificação implica aplicação desta. Mas nem todas as questões de aplicação da Constituição permitem o acesso ao Tribunal Constitucional. As normas que não caibam nas competências atribuídas à União e às Comunidades não possuem sequer, perante o n.º 4 do art. 8.º, *título* para produzirem efeito na ordem interna portuguesa. A questão não é de inconstitucionalidade. Esta, para ser suscitada, pressupõe que haja *título* para aplicabilidade na ordem interna. Tudo significa que a apreciação da competência da União e das Comunidades para os fins do n.º 4 do art. 8.º da Constituição pertence apenas aos tribunais comuns, sem que esteja aberto recurso para o Tribunal Constitucional.

Já no que toca aos princípios fundamentais do Estado de direito democrático se pode admitir que funcionam *a posteriori*, como padrões normativos mínimos do direito da União, na sua aplicabilidade interna. A violação dos referidos princípios representará inconstitucionalidade material de normas comunitárias com título de eficácia — e funcionará como circunstância impeditiva desta. Por isso, das decisões dos tribunais comuns a esse respeito caberá, nos termos gerais, recurso para o Tribunal Constitucional.

21. O art. 8.º, n.º 4, não afasta a necessidade de observância, no futuro, das normas de competência ou de forma para a modificação ou celebração de tratados relativos à União Europeia. É impensável, por exemplo, que uma futura convenção internacional do estilo do “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa” fosse concluída por via de acordo em forma simplificada. É óbvio que, quanto a competência e forma de vinculação futura do Estado português com

referência à União e às Comunidades Europeias, se aplicam as normas constitucionais, incluindo as respeitantes aos efeitos da fiscalização concreta da inconstitucionalidade orgânica e formal de tratados (art. 277.º, n.º 2).

O problema é mais melindroso no que toca às normas constitucionais materiais. O alcance do n.º 4 do art. 8.º parece ser o de, se o direito da União Europeia assim o determinar, tornar aquelas normas “irrelevantes” relativamente à aplicabilidade, na ordem interna, do direito da União. Subjacente encontrar-se-á um juízo de ponderação, susceptível de ser formado perante os tratados pretéritos ou um projecto de tratado que se conheça. Mas, por exemplo, será concebível que, sem uma decisão constituinte (se é que é possível, tendo em conta os limites materiais de revisão constitucional), Portugal, por mera alteração dos tratados respeitantes à União Europeia, se converta num Estado federado?

Um ponto parece seguro: no âmbito do art. 8.º, n.º 4, só está em causa a possível irrelevância da inconstitucionalidade material de tratados que, ao tempo em que a questão se suscita, se encontrem concluídos. Essa eventual irrelevância, justificada para assegurar a harmonia da ordem interna com o direito comunitário, não impede o efeito preclusivo da inconstitucionalidade antes de a convenção se encontrar celebrada. Assim, fica sempre aberta a possibilidade de fiscalização preventiva, a qual se torna necessária (art. 115.º, n.º 8) se o tratado for submetido a referendo, nos termos do art. 295.º⁽⁶⁰⁾.

III. ALGUMAS OBSERVAÇÕES RELATIVAS AO ENQUADRAMENTO TEÓRICO DAS RELAÇÕES ENTRE A ORDEM JURÍDICA COMUNITÁRIA E A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

22. Se se considerarem as posições sumariamente referidas na primeira parte do artigo respectivamente do Tribunal de Justiça das Comunidades e de alguns Estados mais significativos (pelo menos a Alemanha, a Itália e a Polónia), acrescentando, quanto a Portugal, o que consta da segunda parte, o comentário a fazer é o de que há reivindicações pelo menos potencialmente conflitantes quanto à determinação dos termos em que o direito comunitário é eficaz ou aplicável “no território dos Estados-Membros” (diga-se por ora assim, sem compromisso).

⁽⁶⁰⁾ Este refere-se à “possibilidade de convocação e efectivação de referendo sobre a aprovação de tratado que vise a construção e aprofundamento da União Europeia”. Há-de entender-se que o referendo é igualmente possível se o tratado visar o “desaprofundamento” da União Europeia...

As reivindicações situam-se em dois planos. O primeiro é normativo, o segundo jurisdicional — embora, evidentemente, a asserção normativa possa resultar de prática jurisdicional interpretativa. No primeiro plano, a reivindicação da União consiste em que é à norma comunitária que cabe determinar os termos do efeito do direito comunitário “no território dos Estados-Membros” (61). No segundo plano, a reivindicação consiste em que, porque a norma que decide é comunitária, a palavra final nos casos concretos pertence aos tribunais comunitários e, em especial, ao Tribunal de Justiça. Da perspectiva contrária, entende-se que são normas nacionais (explícitas ou não) que determinam o efeito ou a aplicabilidade do direito da União no “território de cada Estado-Membro”. Em consequência considera-se que, relativamente a cada território, são os tribunais nacionais desse território que terão, e só eles, palavra nos casos concretos (62).

A segunda perspectiva depende da primeira: é porque se considera que a competência pertence ao direito da União ou aos direitos nacionais que se entende que a decisão nos casos concretos cabe aos tribunais da União ou aos Estados.

23. Nos tempos recentes tem-se assistido a alguma instabilidade no âmbito da teoria da constituição e do seu relacionamento com a teoria do Estado (63). Tal instabilidade encontra-se associada a um alargamento do uso da noção de constituição e do respectivo termo, que não se circunscreve à União Europeia. Atinge, na sequência dos estudos de Verdross, renovados não há muitos anos no *Universelles Völkerrecht* (64), o direito e a comunidade internacional. A tendência apresenta relação com a globalização, mas exprime também um propósito de generalização do *rule of law* (65). No âmbito da União Europeia, o recurso à ideia

(61) Moura Ramos sublinhou que “o passo decisivo e essencial na senda da afirmação da autonomia do Direito Comunitário foi dado quando ele chamou a si a sede disciplinadora do seu relacionamento com os direitos estaduais em que se vai inserir”, in *Das Comunidades à União Europeia, Estudos de Direito Comunitário*, 2.^a ed., Coimbra, 1999, p. 100.

(62) Miguel Poiães Maduro, “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, in Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, pp. 502 ss., e *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, 2006, pp. 17 ss.

(63) A este último propósito veja-se, em especial, o artigo de Joaquim Gomes Canotilho, “Precisará a teoria da Constituição Europeia de um teoria do Estado?”, in *Colóquio Ibérico — Constituição Europeia, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra, 2005, pp. 665 ss.

(64) A autoria da obra inclui Bruno Simma e a última (3.^a) edição é de Berlim, 1984 (póstuma, já quanto a Verdross). No que toca aos outros textos de Verdross referentes à constituição do direito internacional vide o meu “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”, cit., p. 893.

(65) Vide, a título de exemplo, R. Macdonald e D. Johnston, *Towards World Constitutionalism, Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, 2005; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 7.^a ed., 2003, pp. 1369 ss.

de constituição esteve igualmente ligado a um objectivo de introdução de constitucionalismo, com *rule of law* e superação de défice democrático⁽⁶⁶⁾. Mas, no plano europeu, a separação entre Constituição e Estado tem um objectivo político, contém uma marca de dissimulação e revela-se obviamente provisória.

Um dos traços de revisão da teoria da Constituição traduz-se na ênfase posta no pluralismo constitucional⁽⁶⁷⁾. Pluralismo constitucional existiu obviamente sempre. Representa mera consequência da pluralidade de Estados. Quando se fala daquele, porém, quer-se referir coisa diferente: a pluralidade constitucional com domínios de eficácia jurídica nalguma medida sobrepostos. Nesta acepção, a noção de pluralismo constitucional tem, ou devia ter, a sua matriz na doutrina do pluralismo de ordenamentos jurídicos de Santi Romano.

No quadro do pluralismo constitucional no âmbito europeu, sublinha-se a necessidade de relação de cooperação e diálogo entre tribunais, comunitários e nacionais, em vez de relações de conflito. A verdade é que têm sido os tribunais dos Estados a praticar a cooperação e o diálogo, muito mais do que o Tribunal de Justiça das Comunidades.

A noção de pluralismo de ordenamentos jurídicos corresponde a uma versão correcta da realidade, que pode aliás ser inserida num fenómeno mais amplo, o de pluralismo na produção jurídica com possibilidade de relação assistemática, a que tive oportunidade de aludir a propósito da revolução portuguesa⁽⁶⁸⁾. A afirmação do pluralismo, porém, exige uma análise das articulações entre ordens jurídicas e não exclui a possibilidade de que as relações sejam de conflito.

24. É frequente, a propósito da conexão entre direito comunitário e ordens jurídicas nacionais e da divergência de perspectivas entre uma e outras atrás mencionada, referir o tema da *competência da competência*: quem é competente para decidir quem tem competência⁽⁶⁹⁾. A noção e a respectiva expres-

(66) Em particular, Miguel Poiães Maduro, “O *superavit* democrático europeu”, in *Análise Social*, XXXVI, 158-159 (2001), pp. 119 ss.; “The importance of being called a Constitution: Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism”, in *International Journal of Constitutional Law*, 3 (2005), pp. 332 ss.; e J. H. H. Weiler e M. Wind (eds.), *European Constitutionalism beyond the State*, Oxford, 2003.

(67) Na doutrina portuguesa, vide Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997, pp. 18 ss.; Paulo Rangel, “Uma teoria da interconstitucionalidade — Pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires”, in *Themis*, 1-2 (2000), pp. 127 ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1426 ss.; Miguel Poiães Maduro, *obs. cit.* na nota 62.

(68) “A Revolução Portuguesa e a teoria das Fontes de Direito”, in Mário Batista Coelho (ed.), *Portugal — o Sistema Político e Constitucional, 1974-1987*, Lisboa, 1988, pp. 561 ss.

(69) P. ex., além de Miguel Poiães Maduro nas obras citadas na nota 62, veja-se a recorrência com que o tema aparece em A. M. Slaughter, A. S. Sweet e J. H. H. Weiler, *European Courts*

são (*Kompetenz-Kompetenz*) surgiram no âmbito da Confederação Germânica do Norte (*Norddeutsche Bund*), a respeito das relações entre Confederação (ou Federação) e Estados ⁽⁷⁰⁾. Quanto julgo, foi através da decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre Maastricht que a expressão se tornou corrente no âmbito do tema das relações entre direito comunitário e os direitos nacionais.

A designação é plurívoca. Em particular, varia de significado conforme o que for tomado por competência relativamente à qual se detém a competência de segunda ordem. Começou por aparecer referida à revisão constitucional. O que se perguntava era se as normas que regulavam esta última, consignadas primeiro na Constituição do *Norddeutsche Bund* e, depois, na Constituição imperial de 1871, abrangiam a modificação da repartição de competências entre Estado federal e Estados federados. Invocar que aquela era titular da competência da competência significava dizer e justificar que a revisão constitucional pudesse reportar-se à referida repartição de competências — o titular da competência da competência pode determinar as suas próprias competências (assim como, nalguma medida, competências alheias). Vistas as coisas da perspectiva de uma teoria do Estado, enquanto unidade ou pessoa, ser titular da competência das competências (estaduais) significa ser soberano (em relação a outros Estados e aos “súbditos”). Foi a perspectiva adoptada por Albert Haenel, que converteu a competência da competência, nesta acepção, em elemento definidor da soberania ⁽⁷¹⁾.

No quadro de uma teoria dos poderes e dos actos, competência das competências significa *poder constituinte*, porque é por acto constituinte que se determinam as competências constituídas. Nesta perspectiva, as competências de que se detém a competência são os *poderes constituídos* (ou a constituir). Porque o poder de revisão constitucional é simultaneamente constituinte e constituído, pode utilizar-se um conceito restrito de competência da competência, que inclua somente a competência da competência correspondente ao poder constituinte originário, e um conceito amplo, que abranja também o poder de revisão. No interior deste segundo conceito será possível distinguir uma competência da competência *originária* e uma competência da competência *atribuída* ou *derivada*.

& *National Courts*, cit., e em Mattias Kumm, “Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, in *Common Market Law Review*, 36 (1999), pp. 351 ss. Cfr. ainda, em Portugal, Maria Luísa Duarte, *A Teoria dos Poderes Implícitos*, cit., pp. 220-221, e Francisco Lucas Pires, “‘Competência das Competências’: Competente mas sem Competências?”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3885 (1998), pp. 353 ss.

⁽⁷⁰⁾ Miguel Galvão Teles, “A competência da competência do Tribunal Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional), Coimbra, 1995, p. 105.

⁽⁷¹⁾ “Die vertragsmässigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung”, *Studien zum Deutsche Staatsrecht*, Leipzig, 1873, pp. 145.

A par destes conceitos, associados, em última análise, à teoria do poder constituinte, outro se formou, ligado à teoria da jurisdição. Surgiu a propósito das arbitragens e, em particular, das arbitragens de direito internacional público, mas estendeu-se rapidamente à jurisdição permanente e à jurisdição estadual⁽⁷²⁾. Aqui a competência da competência significa a competência para um tribunal decidir se é competente para julgar um determinado caso. A competência da competência jurisdicional será uma competência da competência derivada (atribuída por uma norma ou por uma prescrição). Mas há um momento que ultrapassa a atribuição e impõe um traço originário: o momento de interpretação (ou de integração) respeitante à própria norma ou prescrição de que resulte a competência da competência⁽⁷³⁾.

Noutros estudos julgo ter podido demonstrar que a competência da competência plena é sempre, em última análise, arrogada e, por isso, originária. A atribuição de uma competência da competência plena representaria uma contradição nos termos, pois teria de pertencer a quem a atribui⁽⁷⁴⁾. Arrogada, nalguma medida, terá igualmente de ser uma competência da competência que tenha um qualquer traço de competência da competência originária.

Há, evidentemente, boas e más, melhores ou piores razões para que alguém se arrogue competência da competência.

25. O direito comunitário definiu-se a si próprio como um ordenamento autónomo. A isso não há objecção, sem prejuízo de esse ordenamento autónomo fazer ou poder fazer parte do direito internacional. Tal é, pelo menos, o entendimento do art. 8.º da nossa Constituição.

Uma ordem jurídica pode, de uma primeira perspectiva, ser caracterizada como um *sistema jurídico*, isto é, como um conjunto de normas provenientes de uma ou de um conjunto último unificado de fontes (ou de normas, prescrições, actos, situações jurídicas, comportamentos, reconduzidos à unidade sob a mesma perspectiva).

Quando, porém, se diz que o direito internacional vigora, ou é eficaz, ou é aplicável na *ordem jurídica interna* ou que, na *ordem jurídica do foro*, são, relativamente às situações privadas internacionais, aplicáveis as normas indicadas pelas normas de conflitos do mesmo foro, a expressão ordem jurídica assume um significado diferente, que, de um modo um pouco grosseiro, se poderia exprimir por uma referência aos tribunais. Afirmar que o direito internacional ou o direito x

(72) Miguel Galvão Teles, "A competência da competência...", cit., pp. 107 ss.

(73) *Ibidem*, pp. 121-123.

(74) "Revolution, *Lex Posterior* and *Lex Nova*", in Elspeth Attwool (ed.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, 1991, pp. 73-75, e "A competência da competência...", cit., p. 123.

são aplicáveis na ordem y significa dizer que os “tribunais y” aplicam ou devem aplicar o direito internacional ou o direito estrangeiro. Tenho, a este respeito, falado de *universo jurídico*, como quadro de relevância de normas, factos e situação jurídicas, por oposição a *sistema jurídico* ⁽⁷⁵⁾. Apesar de corresponderem a conceitos distintos, há relação particular entre cada sistema e cada universo. Fora porventura o caso de tribunais arbitrais deslocizados, é um certo sistema jurídico que cria certos tribunais. Estes determinam um universo. Mas são, num sentido, tribunais *próprios* daquele sistema jurídico. E isso implica uma relação, que de algum modo se poderia dizer de *senhorio*, de um dado sistema sobre um dado universo.

Entre sistemas jurídicos pode haver *relações de reconhecimento*, “horizontal” ou “vertical”, com modalidades variadas. Um caso particular é o da *federação*. Aí há reconhecimento mútuo dos sistemas jurídicos, com reconhecimento também, pelos sistemas federados, da supremacia, *por autoridade própria*, do sistema jurídico federal ⁽⁷⁶⁾. Isto implica um universo jurídico global, com sub-universos federal e federados. O universo federal “corresponde” aos tribunais federais. A unidade do universo global é assegurada por regime de recursos para estes.

26. Regressando ao tema da competência da competência, a pergunta é a de saber a quem pertence a competência para determinar quem é competente para definir o regime do direito da União e das Comunidades europeias no universo jurídico português.

Conforme se viu, de harmonia com o sistema jurídico português, a competência da competência pertence a ele próprio. E, ao regular, no n.º 4 do art. 8.º da Constituição, a eficácia interna do direito da União, o sistema jurídico português está a exercer a competência que a si próprio se atribuiu. Deste modo, ainda que, para que a harmonia seja assegurada, o direito da União seja aplicável nos termos por ele definidos, é-o por autoridade do sistema jurídico português. Daí que este se tenha considerado competente para introduzir limites à aplicabilidade do direito da União e das Comunidades. Isto significa ainda que, da perspectiva do sistema jurídico português, o universo português é autónomo, não se integrando no universo jurídico da União e das Comunidades.

⁽⁷⁵⁾ Estabeleci a distinção há quase quarenta anos — *Eficácia dos Tratados...*, cit., pp. 217-218. Mas nunca lhe dediquei o tempo necessário para a elaborar devidamente, de modo que continua a apresentar-se-me de modo muito difuso e impreciso.

⁽⁷⁶⁾ Note-se que, nos Estados federais, o sistema jurídico dos Estados federados tem o seu fundamento de validade próprio (doutro modo, os Estados federados não seriam Estados), pelo que a relação entre sistema jurídico federal e sistema federado é, adoptando a linguagem do Tribunal Constitucional espanhol, de *primazia* e não de *supremacia* (*supra*, n.º 10).

Oposta é a perspectiva do sistema jurídico da União e das Comunidades. Entende que é ele quem tem competência para determinar quem é competente para decidir sobre a sua eficácia nas ordens internas dos Estados-Membros e atribuiu-se essa competência, estabelecendo uma eficácia incondicional das suas normas, com primazia sobre quaisquer normas dos sistemas jurídicos nacionais. O sistema jurídico da União vê os universos estaduais como partes integrantes de um universo global, à semelhança do que acontece nas federações.

27. A situação perante a qual nos encontramos é a de um *conflito de legalidades*, isto é, um conflito entre pretensões de validade contraditórias. O caso não é único. Por exemplo, as revoluções ou as situações de rebelião duradoura envolvem conflitos de legalidade (77). Nos conflitos de legalidade pode haver mediador, mas não há árbitro possível (78).

Ambos os sistemas jurídicos se arrogam a competência da competência. Tal conflito de legalidades mostra-se, no essencial, um conflito quanto aos fundamentos, desprovido, assim, na normalidade dos casos, de consequências no que toca ao resultado. Mas este pode tornar-se problemático se se desenhar uma situação em que a competência das instituições comunitárias seja questionável ou se os princípios fundamentais do Estado de direito democrático puderem estar em causa.

Nenhum sistema jurídico pode vinculativamente justificar a sua própria autoridade: seria circular. Por isso a relação dos juízes com o sistema jurídico é uma relação de *fidelidade*. As Comunidades têm tribunais, mas com competência limitada. De uma perspectiva “federalizante”, falta-lhes uma rede de tribunais e um regime de recursos. O Tribunal de Justiça e o de 1.ª Instância compreenderam e intuíram que havia um problema de fidelidade. Procuraram, por isso, efectuar uma espécie de *expropriação* dos juízes nacionais, atribuindo-lhes uma função comunitária e concebendo-os como “*juízes comunitários de direito comum*” (79).

Em matéria de fidelidade, porém, o juiz nacional não pode esquecer que foi o sistema jurídico português que o constituiu e investiu (80). É certo que uma

(77) Miguel Galvão Teles, “A Revolução Portuguesa e a teoria das fontes de Direito”, cit., pp. 589-591.

(78) É assim vã a tentativa de Mattias Kumm de procurar critérios de solução de conflitos entre o direito da União e os direitos nacionais exteriores a ambos — *vide*, além do artigo citado na nota 69, “The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional Treaty”, in *European Law Journal*, 11:9 (2005), pp. 262 ss.

(79) Caso *Tetra Pak*, Proc. n.º T-51/89 (<http://www.curia.europa.eu/>).

(80) José Luís Caramelo Gomes exprimiu alguma perplexidade perante as pretensões do direito comunitário: “A obrigação comunitária do juiz nacional é no mínimo estranha pois nela

recusa de aplicação do direito comunitário com fundamento em determinação do direito (constitucional) nacional pode ter consequências melindrosas. A Comissão poderá intentar uma acção de incumprimento e será o Tribunal de Justiça das Comunidades a decidir.

Mas a escolha foi do constituinte português. E a coragem faz parte da honra dos Estados.

se inclui o dever de desobediência à própria ordem jurídica na qual o órgão jurisdicional fundamenta a sua autoridade para decidir” (O Juiz Nacional e o Direito Comunitário, Coimbra, reimp., 2006, p. 15). É verdade que, em momentos revolucionários, os juízes não têm dado particular atenção a vínculos de fidelidade. Mas aí a situação é, em parte, diferente.