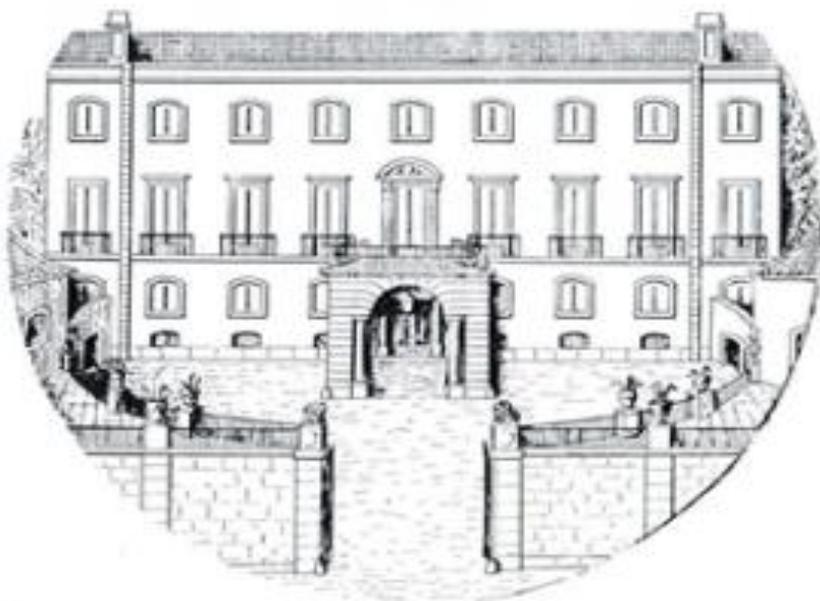


**V Conferencia Trilateral  
27-28 de noviembre 2003  
Lisboa**



**Os Tribunais Constitucionais perante  
a nova Constituição Europeia**

Portugal

## Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália

Os Tribunais Constitucionais perante a nova Constituição Europeia (incluindo a Carta dos Direitos Fundamentais) e a sua futura articulação com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (e com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem)

A revisão dos Tratados da União Europeia e das Comunidades Europeias e a posição futura dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros

### Contributo para uma discussão

Rui Manuel Moura Ramos

[Lisboa, 27 e 28 de Novembro de 2003]

1. A revisão ora em curso dos Tratados da União e das Comunidades Europeias pode vir a apresentar um carácter singularmente inovatório, a avaliar pelo que é lícito prefigurar dos termos em que esta questão actualmente se apresenta. E dentre as alterações que se perfilam algumas há que são susceptíveis de se repercutir sobre o posicionamento actual dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros. É a essas modificações que não deixaremos de fazer referência (II), para só depois podermos indagar se e em que medida afectam o estatuto e perfil daquelas entidades (III). Para que essa análise possa porém ser compreendida, cremos que importa começar por, num momento prévio, analisar, o estado da arte, ou seja a posição actual dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros, em face do direito e da construção comunitária (I).

#### I

2. Uma primeira advertência se impõe no entanto fazer, antes de abordar esta questão. Ao procurar perspectivar a posição actual dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros face ao direito e à construção comunitária, há que não esquecer que se trata de um problema que é distintamente equacionado quer nos coloquemos da perspectiva da ordem jurídica comunitária quer das dos Estados-Membros, devendo acrescentar-se que a diversidade de posições é igualmente um facto – ainda que, aqui, em menor grau - quando consideramos cada uma destas em particular. Por outro lado, a vastidão dos elementos a considerar neste caso e a circunstância de serem de todos nós conhecidos impedem ou tornam desnecessário que lhes procuremos fazer uma referência detalhada que além do mais estaria para além do propósito (instrumental) com que convocamos o tema nesta intervenção, e que é o que acima ficou enunciado [1].

Seremos pois tanto quanto possível breves a este propósito. Limitando-nos porém a acrescentar que procuraremos considerar o ponto numa perspectiva que supere a divisão de enfoques que pode ocorrer quando nos colocamos numa sede estadual ou comunitária, intentando surpreender um princípio de unidade de uma ordem jurídica global na qual os ordenamentos estadual e comunitário interagem e se relacionam. Não deixará contudo de se compreender que, ainda que tendo presente tal desiderato, sublinhemos com alguma intensidade os traços que individualizam o olhar português

sobre esta questão tal qual ela resulta nomeadamente da nossa jurisprudência constitucional.

3. É sabido que o primeiro problema colocado pelo surgimento das organizações comunitárias e do seu direito foi o da construção do seu relacionamento com as ordens nacionais anteriores, questão que estas encararam inicialmente de forma semelhante ao que haviam feito em circunstâncias que consideraram próximas, isto é, quando se tratava de relacionar a ordem jurídica respectiva com outras ordens jurídicas [2]. É assim que vamos encontrar nas Constituições nacionais dos Estados-Membros, com diferenças várias embora, disposições que visam garantir a recepção do direito comunitário na ordem interna e o seu lugar na hierarquia das fontes de direito conhecidas neste ordenamento [3] e que viriam a ser objecto de alterações ou acrescentamentos diversos, ao longo do processo de evolução da integração comunitária [4].

Simplesmente, este movimento seria em breve e desde cedo acompanhado de um outro, da parte do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que, num conjunto importante de decisões e prevalecendo-se da

necessidade de garantir o efeito útil e a interpretação uniforme do ordenamento comunitário, fixaria, por sua parte, utilizando nomeadamente para esse fim o mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 177º (hoje 234º) do Tratado CEE (actualmente CE) [5], o estatuto dos actos comunitários nas ordens jurídicas dos Estados-Membros e os termos da sua aplicação pelo juiz nacional [6], afirmando na circunstância os princípios do efeito directo e do primado (ou prevalência na aplicação) das regras comunitárias.

Destes desenvolvimentos resulta hoje pacífica a recepção e a eficácia nas ordens internas dos Estados-Membros do direito comunitário assim como a prevalência deste (quer na modalidade de direito originário quer na de direito derivado) sobre o direito interno ordinário, ainda que posterior, permanecendo porém em aberto, na maior parte dos sistemas jurídicos nacionais, e na medida em que sobre ela se não pronunciaram até ao presente os órgãos supremos de controlo de constitucionalidade das leis (os Tribunais Constitucionais, nos Estados em que uma tal competência é exercida num sistema concentrado ou misto), a questão do relacionamento entre o direito comunitário e o direito constitucional nacional [7] [8].

4. Mas o relacionamento entre o sistema comunitário e os sistemas nacionais dos Estados-Membros não se esgota nesta questão normativa, relativa à natureza e sentido das relações entre as regras de origem comunitária e as regras de origem nacional. Ele prolonga-se, pelo contrário numa segunda questão, esta de competência, que remete para a articulação dos mecanismos de controlo jurisdicional interno e de controlo jurisdicional comunitário, isto é, para a repartição de competências entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [9]. Tal repartição de competência suscita-se a propósito do controlo da aplicação do direito comunitário, uma vez que este se destina a ser aplicado no território dos Estados-Membros pelas autoridades nacionais destes mesmos Estados, e que os tribunais estaduais, *maxime* os Tribunais Constitucionais, se encontram a este respeito investidos de competências (gerais) de controlo.

É sabido que se repartem as posições a este propósito. O Tribunal de Justiça afirma desde há muito [10] a sua competência exclusiva para determinar a invalidade das regras de direito comunitário por contrariedade com os princípios do Tratado e com as demais regras (*maxime* as relativas à protecção dos direitos fundamentais) que vinculam o legislador comunitário – o que coloca os tribunais dos Estados-Membros na situação de deverem recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial como única forma de poderem provocar a declaração de nulidade ou a desaplicação das regras comunitárias.

Se as instâncias jurisdicionais nacionais têm reconhecido sem dificuldade aquela primeira premissa, o certo é que nem todas subscrevem o corolário que dela apontámos. Assim, por exemplo o *Bundesverfassungsgericht* alemão não hesitou em fazer valer a sua competência para controlar as regras comunitárias à luz dos critérios de protecção dos direitos fundamentais enunciados na lei fundamental alemã [11]. É certo que esta posição seria atenuada posteriormente, na sequência da evolução da jurisprudência comunitária em matéria de protecção dos direitos fundamentais [12] e que aquele tribunal viria mais tarde a reconhecer [13] que a protecção dos direitos fundamentais estava em geral assegurada no plano comunitário de forma efectiva e adequada, pelo que, enquanto tal situação se mantivesse, “não exerceria a sua competência de decisão quanto à validade do direito comunitário derivado”. Não se trata porém de uma declaração de incompetência, ou sequer de uma renúncia à competência de exame aprofundado da legislação comunitária, uma vez que posteriormente, na decisão *Brunner*, de 12 de Outubro de 1993 [14], o Tribunal recordaria a sua competência (ainda que não exercida) para controlar, à face dos direitos fundamentais reconhecidos pela *Grundgesetz* alemã, quaisquer normas, quer do poder público alemão quer de “uma autoridade pública específica de uma organização supranacional distinta do poder dos Estados-Membros”. E nessa mesma decisão avançaria que a competência interpretativa do Tribunal de Justiça em relação aos Tratados Comunitários não inclui a sua modificação, que apenas poderia ter lugar por decisão unânime dos Estados-Membros, pelo que, a ocorrer por acto de uma instituição comunitária, se não importaria à Alemanha - e nessa verificação se exerceria a competência de controlo do Tribunal Constitucional alemão, que se estenderia igualmente às decisões do Tribunal de Justiça [15]. Só que, e regressando agora especificamente à questão da protecção dos direitos fundamentais, a intervenção do *Bundesverfassungsgericht* pressuporia que se pudesse demonstrar que a evolução do direito e da jurisprudência comunitária tivesse reduzido a tutela destes direitos a um *standard* inferior ao mínimo indispensável – é a ausência de demonstração deste pressuposto que conduziu aquele tribunal a, na falta de prova de que a protecção necessária dos direitos fundamentais se não encontra garantida de maneira geral no quadro comunitário, considerar inadmissíveis os recursos constitucionais contra actos comunitários sob pretexto de que estes violariam direitos constitucionais garantidos pela Constituição alemã [16].

Por sua parte, sem os avanços e recuos do seu homólogo alemão, também o Tribunal Constitucional português cuidou de precisar o seu entendimento relativamente ao controlo do direito comunitário derivado. A este propósito considerar-se-ia que a incompatibilidade do direito interno com o direito comunitário não é questão que se integre na competência do Tribunal Constitucional [17], não se tendo porém ainda esta instância pronunciado sobre se idêntico raciocínio deve ser seguido a respeito de uma eventual incompatibilidade de regras comunitárias com os preceitos constitucionais. Sendo certo que, a entender-se que a Constituição nacional se mantém como padrão

de juridicidade último no espaço nacional – e portanto também em relação às regras do direito comunitário -, mesmo que em termos de apenas estar em causa a salvaguarda de um seu “núcleo essencial” [18] sempre estaria em aberto um potencial conflito com a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça.

5. As considerações anteriores permitem-nos concluir que, no presente estado de coisas, em que o relacionamento entre as duas ordens jurídicas e os dois sistemas jurisdicionais (interno e comunitário) não se encontra regulado por comandos jurídicos precisos, a coexistência entre eles deve ser assegurada (como o tem sido até ao presente) através de um diálogo entre os dois intérpretes máximos da respectiva hierarquia judiciária [19]. Diálogo que deverá ter por objectivo acautelar a unidade do sistema comunitário que os Estados-Membros por todas as suas instâncias se comprometeram a fazer respeitar e que se pode exercitar designadamente através do mecanismo do reenvio prejudicial, a que alguns Tribunais Constitucionais europeus já recorreram e cuja utilização foi expressamente admitida pelo Tribunal Constitucional Português [20].

Vejam os agora quais as modificações que o processo de revisão dos Tratados presentemente em curso poderá acarretar à actual situação.

## II

6. Importa sublinhar desde logo que, na ausência de outras informações relativas ao desenrolar da conferência intergovernamental, nos limitaremos a analisar alguns aspectos que decorrem da aprovação, pela Convenção Europeia, do Projecto de Tratado que institui uma Constituição para a Europa. Sem que tal envolva um qualquer juízo sobre a viabilidade de as opções aí contidas virem a ser assumidas pela Conferência Intergovernamental tomá-las-emos como simples base de reflexão atento o facto de não terem sido objecto de qualquer repúdio por parte dos Estados-Membros e de poderem de facto vir a obter a aprovação do legislador de revisão.

7. A primeira alteração a mencionar é a que respeita precisamente à proposta de elaboração de uma Constituição. Não se tratando de nada de novo no plano substancial, pois que se não pode duvidar que as organizações comunitárias se encontram há muito dotadas de uma constituição em sentido material [21], importa contudo sublinhar que a formalização da estruturação política da entidade europeia que por esta forma se obtém envolve um salto qualitativo que resulta desde logo de uma tal opção passar a ser assumida pelos órgãos representativos dos Estados-Membros [22]. Na verdade, a Constituição é uma *suprema lex* e a elevação dos tratados constitucionais e este patamar não deixará de ter consequências que ultrapassarão decerto o plano (não negligenciável, de resto) do simbólico.

Uma dessas consequências produzir-se-á muito provavelmente em sede de reforço da unidade do sistema jurídico da União. O escopo integrativo que é associado à existência de uma Constituição poderá ser valorizado no sentido de reforçar uma construção da União em termos mais coerentes e vertebrados, em que a resposta às questões que actualmente se colocam quanto ao relacionamento dos sistemas jurídicos existentes no seu seio tende a ser vista como decorrendo mais da interpretação e aplicação das regras da lei fundamental que duma cooperação ou diálogo entre instâncias diversas.

Será assim difícil que a maior coesão do todo deixe de implicar um reforço dos poderes dos órgãos centrais.

8. Outra nota que poderá ser interpretada em idêntico sentido é a que resulta da consagração, no artigo 10º, número 1, do Projecto, do princípio do primado do direito da União sobre os direitos dos Estados-Membros, e dos termos em que ela é feita. Na verdade, refere esta disposição que “a Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas primam sobre o direito dos Estados-Membros”.

É certo que tal princípio apenas se refere à Constituição e ao direito adoptado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas, o que reenvia de imediato para o princípio da atribuição, a que o artigo 9º continue a reconhecer uma função fundamental na delimitação das competências da União. Mas uma vez que o respeito de tal princípio é assegurado (de forma exclusiva, segundo a jurisprudência Foto-frost) pelo Tribunal de Justiça através do controlo da validade dos actos comunitários, dificilmente se perspectiva outra forma de conter a actuação do legislador comunitário que não passe pela construção elaborada pelo *Bundesverfassungsgericht* no seu acórdão *Maastricht* [23].

Depois saliente-se que o primado reconhecido ao direito da União (a todo o direito da União, note-se) parece ser afirmado em relação a todo o direito dos Estados-Membros, aí incluído o seu direito constitucional, uma vez que não se faz qualquer distinção a este propósito e tem sido este o sentido da posição repetidamente afirmada pelo Tribunal de Justiça desde o acórdão *Costa/Enel* [24]. O que parece destinado a resolver a questão normativa posta pelo relacionamento entre o direito comunitário e os direitos nacionais a que atrás aludimos [25]. É claro que pode argumentar-se que o princípio deverá ser lido em consonância com os artigos 5º, número 1, e 7º, número 3, do Projecto, e que o primeiro reafirma que “A União respeita a identidade nacional dos seus Estados-Membros, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles”, procurando assim excepcionar-se o direito constitucional nacional (ou alguns dos seus princípios) do âmbito do princípio do primado tal como este é afirmado no artigo 10º, número 1. Mas duvida-se que tal seja compatível com a intencionalidade deste preceito, que se limita a consagrar uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, ou que este órgão jurisdicional se sinta levado a atenuar ou flexibilizar o que a este propósito vem defendendo.

Nestes termos, dificilmente o artigo 10º, número 1, deixará de ser visto como a adesão das instâncias que em cada Estado-Membro exercem o *treaty-making power* à tese que o Tribunal de Justiça sempre defendeu a propósito do relacionamento entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas nacionais dos Estados-Membros [26]. Com o que isso implica de redução de margem de manobra das instâncias nacionais de controlo da constitucionalidade.

9. Ainda no mesmo sentido, poderemos referir a nova disposição contida no artigo 28º, número 2, do Projecto e onde se estatui que “os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma protecção jurisdicional efectiva no domínio do direito da União”.

É algo ambíguo o estatuto do presente texto. Pode entender-se que, partindo do reconhecimento das limitações de que enferma presentemente, no domínio do direito

comunitário, o princípio da protecção jurisdicional efectiva [27] [28], o “legislador” do Projecto de Tratado tenha querido apenas traçar um programa cuja execução deva ser assegurada no futuro. Tal interpretação poderá explicar a referência aos Estados-Membros que assim assegurariam o compromisso de futuramente, em novo processo de revisão, aprofundar e reforçar o mecanismo de protecção judicial efectiva.

Mas pode igualmente estender-se, diversamente, que, após investir, no número 1, o Tribunal de Justiça na missão de “garantir o respeito pela lei na interpretação e aplicação da Constituição”, aquele legislador tenha querido já particularizar que tal implica a existência das “vias de recurso necessárias para assegurar uma protecção jurisdicional efectiva no domínio do direito da União”. Como quer que seja, o que cremos poder desde já sublinhar é que esta referência poderá ser interpretada no sentido de reforçar a suficiência do sistema jurisdicional da União, tornando o Tribunal de Justiça menos sensível à necessidade de admitir que a sua acção venha a ser complementada pelos sistemas estaduais dos Estados-Membros.

10. Mas a nota fundamental a sublinhar no Projecto, para o fim que ora nos interessa, parece-nos ser a disposição contida no seu artigo 7º, número 1, onde se refere que “A União reconhece os direitos, liberdades e princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais, que constitui a Parte II da presente Constituição”. Tal preceito integra assim expressamente no *corpus iuris* comunitário a Carta dos Direitos Fundamentais da União que havia sido solenemente proclamada pelas três Instituições em Dezembro de 2000, em Nice [29], a fim de, ao conferir-lhes dessa forma maior visibilidade, reforçar a protecção dos direitos fundamentais à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica [30].

A Carta prevê que os direitos nela consagrados [31] vinculam, nos termos do seu artigo II – 51º, não só as instituições, órgãos e agências da União, mas também os Estados-Membros, ainda que apenas quando apliquem o direito da União. É certo que, ao menos aparentemente, nem todos esses direitos se poderão dizer *self-executing*, uma vez que quando eles sejam regidos “por disposições constantes de outras Partes da Constituição [32] são exercidos de acordo com as condições e limites nelas definidos” (número 2 do artigo II – 52º) e quando as disposições da Carta contenham tão só princípios estes “poderão ser implementados através de actos legislativos e executivos aprovados pelas instituições e órgãos da União e por actos adoptados pelos Estados-Membros, em aplicação do direito da União, no exercício das respectivas competências”, adiantando-se que “só serão invocados perante o juiz tendo em vista a interpretação destes actos e o controlo da sua legalidade” (número 5 do mesmo artigo).

Ao estabelecer a distinção entre direitos e princípios (que se encontrava ausente do texto tal como proclamado em Nice) o legislador terá procurado reduzir o grau de vinculação dos direitos cuja obrigatoriedade agora consagrou. Mas o certo é que, para além deste limite decorrente, quanto aos princípios, dos termos dos instrumentos (da União ou estaduais) que procedam à respectiva consagração e, quanto aos direitos regidos por outras Partes do Projecto, das condições e limites nelas definidos [33], os direitos ora recenseados na Carta se impõem aos Estados-Membros “quando apliquem o direito de União” [34], o que implica que tal ocorra em domínios progressivamente mais alargados, dado o significativo aumento de competências desta.

O que significa que, no âmbito assim delineado, o controlo, à luz dos preceitos que consagram os direitos fundamentais, da actividade dos Estados passará a ser da

competência do Tribunal de Justiça, nos termos previstos pelas diversas vias de recurso previstas no Projecto [35], uma vez que a actividade do sistema jurisdicional comunitário não é excluída no âmbito da Parte II deste [36].

Acrescente-se que esta competência do Tribunal de Justiça em matéria de protecção dos direitos fundamentais não sofre limites pelo facto da existência de sistemas de protecção estaduais (ou internacionais, como é o caso do da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) que persigam idêntico objectivo. Antes o sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais se vê a si próprio como um sistema *a se*, com o único limite (consagrado no artigo II – 53º) de nenhuma disposição da Carta poder ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelos demais sistemas de protecção de que já beneficiavam anteriormente os seus titulares, em particular os previstos nas Constituições dos Estados-Membros.

Pelo que haverá que reconhecer que por esta forma se potencia uma maior actuação do sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais e, com isso, dos órgãos jurisdicionais que a têm a seu cargo.

### III

10. Se procurarmos agora retirar do conjunto de alterações propostas ao direito constitucional da União Europeia as linhas de força essenciais que poderão ter implicações na posição futura dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros poderemos dizer que o que a este propósito fundamentalmente avulta é o reforço da posição do direito comunitário e das suas instâncias jurisdicionais próprias no seio da ordem jurídica global formada pelo direito comunitário e pelos direitos dos Estados-Membros. Tal reforço decorre, como vimos, por um lado, da própria formalização da constituição material da União e da afirmação no novo texto do primado do direito da União sobre o direito dos Estados-Membros, e, por outro lado, do alargamento da competência do sistema jurisdicional comunitário, em particular no que se refere à questão da protecção dos direitos fundamentais.

Pode pretender-se, em contrário, que o inventário a que procedemos no ponto anterior não permite as conclusões a que acabamos de chegar, e que nada de novo há a sublinhar quer nos dados que se referem à questão material quer nos que se reportam à questão da competência, uma vez que não só eles se limitam a consagrar soluções afinal já bem assentes como as próprias disposições da Carta são afinal bem claras quanto ao seu carácter não inovatório [37]. E que mesmo nos preceitos desta se notam algumas limitações se confrontarmos a sua actual versão com a inicial, proclamada em Nice [38].

No entanto, não cremos que àquela primeira circunstância deva ser dado demasiado relevo. O certo é que a consagração “constitucional” dos princípios afirmados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça dificilmente deixará de ser vista como uma legitimação subsequente desta, o que poderá ter consequências no teor do diálogo a desenvolver futuramente por este com os Tribunais Constitucionais nacionais. E por outro lado é o carácter de tribunal constitucional do Tribunal de Justiça [39], no seio do ordenamento comunitário, que assim surge reforçado com a inserção na lei fundamental comunitária de um catálogo de direitos fundamentais. O que poderá

levar, naturalmente, a uma mais intensa actuação da jurisdição comunitária no domínio da protecção dos direitos fundamentais.

O alcance concreto desta actividade não se afigura no entanto que possa vir a desequilibrar a partilha de competências neste momento existente entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Constitucionais nacionais. Por outro lado, o acesso ao pretório na jurisdição comunitária continua significativamente limitado, mesmo se atentarmos no alargamento que acima [40] mencionámos e que é proposto no Projecto ora em discussão. Além disso, este carácter limitado é também consequência natural da situação presente da jurisdição comunitária. Na verdade, nos termos actuais dificilmente ela poderá desempenhar um papel mais relevante do que até agora tem tido na protecção dos direitos fundamentais, mau grado a reforma recentemente encetada pelo Tratado de Nice [41].

11. Afigura-se-nos assim que se o Projecto permite a consolidação do papel até hoje desempenhado pelo Tribunal de Justiça ele não autoriza a crer, no momento actual, que este papel possa ser levado demasiado longe. Ademais, outros factores também dele constantes podem contrariar uma eventual tendência neste sentido.

Estamos a pensar na manifestação de vontade formulada no número 2 do artigo 7 no sentido da adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O carácter útil de uma tal adesão, na actualidade, está apenas na sujeição do sistema comunitário como um todo (nele incluído o Tribunal de Justiça) a um controlo externo, na circunstância o levado a cabo pelo Tribunal de Estrasburgo. A concretizar-se este passo, e independentemente dos termos em que ela venha a ter lugar, a “centralidade” e a “solidão” do Tribunal de Justiça não deixariam de ser matizadas e um diálogo mais acentuado com o Tribunal de Estrasburgo, aliás hoje já presente na jurisprudência comunitária [42] e requerido em maior grau pelo número 3 do artigo II-52º do Projecto [43], forçosamente se imporá. Ora idêntica tendência não poderá deixar de se manifestar no relacionamento entre o Tribunal de Justiça e os sistemas jurisdicionais dos Estados-Membros, em particular os Tribunais Constitucionais destes últimos, em matéria de protecção dos direitos fundamentais atentas quer as exigências do princípio da subsidiariedade [44] quer a própria impossibilidade de a jurisdição comunitária ir muito mais longe neste domínio. Diálogo este que não deixará de marcar o futuro próximo [45] e em que os Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros se não deverão em nosso entender remeter a um papel passivo, utilizando antes a virtualidades oferecidas pelo sistema, em particular a do reenvio prejudicial [46].

Não deixaremos de sublinhar, a concluir, que se nos afigura que os termos de um tal diálogo não deixarão de ser influenciados pelo estatuto próprio de cada jurisdição constitucional. E, a este propósito, que os termos em que o acesso respectivo é aberto aos particulares como a própria prática (ou a disponibilidade já manifestada para o efeito) do reenvio prejudicial podem ter a esse respeito um papel significativo [47].

## Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália

Os Tribunais Constitucionais perante a nova Constituição Europeia (incluindo a Carta dos Direitos Fundamentais) e a sua futura articulação com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (e com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem)

A revisão dos Tratados da União Europeia e das Comunidades Europeias e a posição futura dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros

### Contributo para uma discussão

Rui Manuel Moura Ramos

[Lisboa, 27 e 28 de Novembro de 2004]

#### Notas de rodapé

[1] *Supra*, nº 1.

[2] Nesta linha, veja-se a obra de Giuseppe Barile, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*. Pádua, 1987, Cedam.

[3] Em Portugal vejam-se os artigos 8, nº 2 e nº 3 que prevêm, respectivamente, a recepção do direito internacional convencional (e portanto do direito comunitário originário ou primário) e dos actos unilaterais das organizações internacionais que, nos termos dos respectivos tratados constitutivos, devem produzir efeitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros (e assim, *inter alia*, do direito comunitário derivado), tendo este último número sido introduzido (pela Revisão Constitucional de 1982 – a primeira) na perspectiva da adesão às Comunidades.

[4] Na ordem jurídica portuguesa, e para além de uma significativa alteração no texto do artigo 8º, nº 3 (pela Revisão Constitucional de 1989 – a segunda), saliente-se a introdução (pela Revisão Constitucional de 1992 – a terceira) do nº 6 do artigo 7º que estabelece as condições em que Portugal pode convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da União Europeia e a alteração do nº 5 do mesmo artigo e, por fim, a modificação daquele mesmo nº 6 (pela Revisão Constitucional de 2001 – a quinta) em termos de sublinhar que aqueles poderes podem ser exercidos também em cooperação e tendo em vista a criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça.

Sobre o sentido destas modificações cf. o nosso trabalho “The adaptation of the Portuguese constitutional order to Community Law”, in *AA.VV., EU Enlargement. The Constitutional Impact at EU and National Level*, The Hague, 2001, T.M.C. Asser Instituut, pp. 131-139, e Carlos Botelho Moniz, “A Constituição da República Portuguesa e a participação de Portugal na União Europeia”, in *Juris et de Jure. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Porto, 1998, pp. 1125-1247.

Também noutros Estados-Membros este processo continua ainda a desenrolar-se. Por exemplo quanto à França veja-se por último Cécile Castaing, “L’extension du contrôle de conventionnalité aux principes généraux de droit communautaire, 39 *Revue Trimestrielle de droit européen* (2003), pp. 197-228.

[5] Sobre a importância assim ganha por este mecanismo, veja-se o nosso “Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária”, in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2ª edição, Coimbra, 1999, Coimbra Editora, pp. 213-237.

[6] Para uma indicação sintética das principais dessas decisões e do seu conteúdo essencial cf. o que escrevemos em “Controle juridictionnel des actes des institutions communautaires”, in *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, IV (2000), pp. 421-461, a ps.451-456.

[7] Questão sobre a qual o Tribunal de Justiça não tem dúvidas em afirmar o mesmo princípio do primado. Cf. as decisões citadas no trabalho referido na nota anterior, a ps. 463, e em particular o acórdão Internationales Handelsgesellschaft, de 17 de Dezembro de 1970, no processo 11/70, nos termos do qual “a invocação de ofensas feitas quer aos direitos fundamentais tais como eles são formulados pela Constituição de um Estado-Membro, quer aos princípios de uma estrutura constitucional nacional não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado”.

Explicitando esta ideia escreveu-se por exemplo que “é impossível não afirmar que o primado do direito comunitário consagrado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça corresponde a uma exigência existencial da Comunidade, de que o direito que ela edita deve produzir os mesmos efeitos em todos os Estados-Membros que a compõem, sem que possa ser paralisado por normas internas, qualquer que seja a sua importância. A estrutura constitucional própria de cada Estado membro não constitui um obstáculo à aplicação uniforme em toda a Comunidade deste direito comum constituído pelo Direito Comunitário”. Assim Gil Carlos Rodrigues Iglesias – Jean-Pierre Puissochet, “Rapport de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 4, 1998, pp. 78-81, a ps. 81.

[8] Neste sentido, entre nós, e por último, o nosso trabalho citado supra, na nota 2. a p. 136, Cardoso da Costa, “O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, in *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, Coimbra Editora, pp. 1363-1380 e Maria Helena de Brito, “Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em direito português”(em vias de publicação).

[9] Seguimos aqui o critério de Cardoso da Costa que Maria Helena de Brito utiliza também na sua exposição (vejam-se os trabalhos destes autores citados supra, na nota 8).

[10] Desde o acórdão Foto-frost (processo 314/85) de 22 de Outubro de 1987.

[11] Veja-se o acórdão Internationale Handelsgesellschaft (dito Solange I) de 29 de Maio de 1974.

[12] Sobre esta evolução, cf. o nosso trabalho “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Rogério Soares* (Boletim da Faculdade de Direito. Studia Juridica. 61. Ad Honorem – 1), Coimbra, 2001, Coimbra Editora, pp.963-989.

[13] Numa decisão de 22 de Outubro de 1986, no Caso Wünsche Handelsgesellschaft (Solange II).

[14] Decisão geralmente referida como Maastricht.

[15] Para uma explicitação desta posição, cf. Dieter Grimm, “La Cour européenne de justice et les juridictions nationales, vues sous l’angle du droit constitutionnel allemand. Situation après la “décision Maastricht” de la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne”, in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 4, 1998, pp. 70-77.

[16] Assim a decisão de 7 de Junho de 2000, no processo bananas. Sobre este aresto e o seu significado na evolução da posição do *Bundesverfassungsgericht*, cfr. entre outros Constance Grèwe, “Le “traité de paix” avec la Cour de Luxembourg: l’arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane”, 37 *Revue trimestrielle de droit européen* (2001), pp. 1-17.

[17] Acórdão 621/98. Cf. a propósito os trabalhos de Cardoso da Costa e Maria Helena de Brito referidos supra, na nota 8.

[18] Que Cardoso da Costa propende a identificar (*op. cit. supra*, nota 8, a p. 1378, nota 14) com a protecção dos direitos fundamentais e com a garantia do respeito das “singularidades” próprias de cada Constituição nacional. Recorde-se, quanto a esta últimas, que a União se compromete a respeitar, nos termos do artigo 6º, número 3, do Tratado “as identidades nacionais dos Estados-Membros”.

[19] Neste sentido igualmente Olivier Dord, “Controle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé; de la nécessité d’un dialogue entre les juridictions suprêmes de l’Union européenne”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 4, 1998, pp. 98-104.

[20] Vejam-se as referências a este propósito contidas no nosso trabalho citado supra, na nota 4, ps. 137, nota 3, onde se refere que os Tribunais Constitucionais italiano e espanhol se não consideram “jurisdições” no sentido do artigo 234 do Tratado CE e que o Tribunal Constitucional alemão não tomou ainda posição a este respeito. O Tribunal Constitucional Português no acórdão 184/89 admitiu a possibilidade de proceder ao reenvio prejudicial, na esteira do que já fizeram até hoje o Tribunal Constitucional austríaco e a Cour d’Arbitrage belga.

[21] Cf. o que escrevemos em “O Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: breve reflexão”, 15-16 *Temas de Integração* (2003), pp. 271-280, a p. 275.

[22] Recorde-se que a construção dos tratados como a “Carta Constitucional” da União (na altura da Comunidade) se ficou a dever à jurisprudência comunitária a partir do acórdão *Os Verdes* (de 23 de Abril de 1986, processo 294/83, Colectânea, pp. 1339 e ss, ponto 23).

[23] Neste aresto sustentou-se que, ao cometer um abuso de poder (*ultra vires*), as instituições comunitárias além de violarem os Tratados ultrapassariam a competência que lhes havia sido concedida pela disposição nacional que torna o direito comunitário aplicável no território dos Estados-Membros. Sendo também os tratados a base da transferência de soberania para a Comunidade, o Tribunal Constitucional alemão admite que o controlo dos actos susceptíveis de violar aquelas disposições não resida unicamente no Tribunal de Justiça, mas que lhe caiba inclusivamente controlar as decisões desta jurisdição, caso ela não apreendesse plenamente e aprovasse portanto as violações do Tratado cometidas pelas instituições comunitárias.

Para além de ser questionável saber se esta posição do *Bundesverfassungsgericht* se mantém após a referida decisão de 7 de Junho de 2000 não se vê como conciliá-la com o aprofundamento da integração jurídica da União que resulta da aprovação de uma Constituição.

[24] De 15 de Julho de 1964, no processo 6/64.

[25] *Supra*, nº 4.

[26] Adesão que não se vislumbra como poderá dispensar, em certos casos (e designadamente entre nós) a utilização prévia dos mecanismos de revisão constitucional.

[27] A que o “legislador” do Projecto de algum modo procura fazer face, por exemplo com a redacção proposta para o artigo III-270º, número 4, que alarga a legitimidade activa dos particulares no recurso de anulação, permitindo-lhes atacar os “actos regulamentares que lhe digam directamente respeito e que não incluam medidas de execução”, mesmo que tais actos lhe não digam individualmente respeito, nos termos do que tem sido a jurisprudência do Tribunal de Justiça, recentemente reafirmada no acórdão União dos Pequenos Agricultores (de 25 de Julho de 2002, no processo C-50/00P). Sobre esta decisão e os seus antecedentes vejam-se, por exemplo, Pietro Manzini, “Ricorso di annullamento: riforma e controriforma”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 4/2002, pp. 717-737, Pascal Gilliaux, “L’arrêt Unión de Pequeños agricultores: entre subsidiarité jurisdictionnelle et effectivité”, 38 *Cahiers de Droit Européen* (2003), pp. 177-202 e John A. Usher, “Direct and individual concern – an effective remedy or a conventional solution?”, 28 *European Law Review* (2003), pp. 575-600.

[28] Veja-se o que escrevemos em “Controle juridictionnel des actes des institutions communautaires” (*cit. supra*, nota 6, p.458) e ainda Koen Lenaerts, “The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?”, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, v. II – Diritto dell’Unione Europea, Milão, 1998, Giuffré, pp.591-623 (617-623).

[29] Sobre este texto, cf. o nosso trabalho citado *supra*, na nota 12, António Goucha Soares, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Protecção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário*, Coimbra, 2002, Coimbra Editora, e as contribuições inseridas em *Diritto, Diritti Giurisdizione La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea* (a cura di Roberto Toniatti), Pádua, 2002, Cedam. E para o sentido desta integração, veja-se Franz C. Mayer, “La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne,” 39 *Revue trimestrielle de droit européenne* (2003), pp. 175-196.

[30] Cf. o quarto *considerandum* do preâmbulo da Parte II (Carta dos Direitos Fundamentais da União) do Projecto.

[31] Isto é, nos seus Títulos I a VI (artigos II – 1º a II – 50º): Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania e Justiça.

[32] *Maxime* a Parte III (Políticas e Funcionamento da União).

[33] Nos termos das “anotações elaboradas sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção que elaborou a Carta”, que, segundo o *considerandum* 5 do Prêambulo da Parte II do Projecto, deverão guiar os órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros na interpretação da Carta, “A Carta não modifica o regime de direitos conferidos pelos Tratados”, visto que “quando um direito resulta dos Tratados está sujeito às condições e limites por eles previstos” o que se afigura algo paradoxal face ao reconhecimento da sua fundamentalidade.

[34] E não já “no campo de aplicação do direito comunitário”, como o exige a jurisprudência do Tribunal de Justiça (cf. o nosso trabalho citado *supra*, na nota 12, a p. 986, na nota 71).

[35] Cf., para a respectiva indicação, os artigos II – 265º a II – 267º e II – 274º.

[36] Vide, *a contrario*, o disposto no artigo II – 282º.

[37] Nestes termos, o número 2 do artigo II – 51º, quanto ao respectivo âmbito de aplicação, parece inequívoco ao dispor que “a presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nas outras partes da Constituição”.

[38] Assim, por exemplo, o novo número 5 do artigo II-52º da Carta precisa que as disposições deste texto “que contenham princípios poderão ser implementadas através de actos legislativos e executivos aprovados pelas instituições e órgãos na União e por actos adoptados pelos Estados-Membros, em aplicação do direito da União, no exercício das respectivas competências. Só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação destes actos e o controlo da sua legalidade”.

[39] Nos termos em que ele é por exemplo caracterizado por Francis Jacobs no seu “Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?” in *Constitutional Adjudication in European Community and National Law. Essays for thr Hon. Mr. Justice T. F. O’Higgins* (editado por Deirdre Curtin e David O’Keeffe), Londres, 1992, Butterworths, pp. 25-32.

[40] *Supra*, nº 9 e nota 27.

[41] Sobre esta reforma, Moura Ramos, “O Tratado de Nice e a reforma do sistema jurisdicional comunitário”, 12-13 *Temas de Integração* (2001-2002), pp. 77-104. Acrescente-se que a reforma assim possibilitada não foi ainda levada à prática, aguardando-se a publicação dos actos comunitários que levarão a cabo a respectiva concretização. Actos de que o Projecto ora em discussão decerto faz depender a adaptação do sistema jurisdicional comunitário às suas novas tarefas uma vez que a

única nota que nele encontramos a este propósito é a do (novo) número 4 do artigo III-274<sup>o</sup>, em matéria de reenvio prejudicial, nos termos do qual “se uma questão [de interpretação ou de validade de um acto comunitário] é suscitada num processo pendente numa jurisdição nacional em que uma pessoa se encontra detida, o Tribunal de Justiça decide no prazo mais curto possível”.

[42] Vejam-se por exemplo as espécies jurisprudenciais que comentámos em “Public policy in the framework of the Brussels Covention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice”, 2 *Yearbook of Private International Law* (200), p. 25-39.

[43] Dispõe este preceito: Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

[44] Anote-se, a este propósito que o Projecto inclui um Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, onde, no que toca ao controlo da aplicação do primeiro, se reconhece algum papel aos Parlamentos nacionais dos Estados-Membros, reservando-se embora a última palavra ao Tribunal de Justiça.

[45] Assim também já Olivier Dord, “Systèmes juridiques nationaux et Cours Européennes: de l’affrontement à la complementarité?”, in *Pouvoirs*, n<sup>o</sup> 96 (Les Cours Européennes. Luxembourg et Strasbourg), p. 518.

[46] Cremos ser também esta a proposta de Marta Cartabia e Afonso Celotto, “La Giustizia Costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza”, 47 *Giurisprudenza Costituzionale* (2002), pp. 4447-4507.

[47] Cf. neste sentido igualmente as observações dos autores referidos na nota anterior.