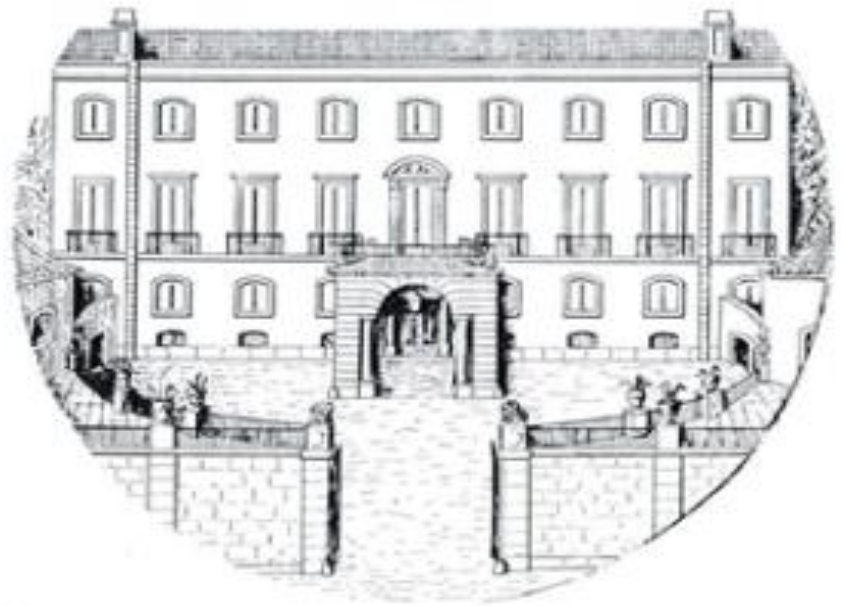


VII Conferencia Trilateral
2-4 de noviembre 2005
Madrid



**As relações entre os Tribunais
Constitucionais e as
Jurisdições Europeias**

Portugal

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*

1. A recente assinatura¹ do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa prenuncia² a introdução de um conjunto significativo de novidades na presente ordenação

* O presente texto baseia-se no relatório de síntese que o autor redigiu, em Novembro de 2003, sobre o tema em epígrafe, para servir de base aos trabalhos da Conferência Tripartida dos tribunais constitucionais de Portugal, Espanha e Itália, que decorreu em Lisboa em 27 e 28 daquele mês. A posterior aprovação e assinatura do Tratado cujo projecto se encontrava na altura pendente de discussão na conferência intergovernamental levou-nos a tomar em conta o texto final entretanto aprovado, cujas disposições foram objecto de renumeração, a referir os novos dados constitucionais pertinentes e, ainda que com menor expressão, a actualizar algumas referências doutrinárias, sem contudo alterar a estrutura e vocação essenciais que haviam presidido à sua elaboração.

¹ Que teve lugar em Roma, a 29 de Outubro de 2004, após a obtenção do acordo dos vinte e cinco chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros, no Conselho Europeu de Bruxelas de 17 e 18 de Junho de 2004.

Para os trabalhos preparatórios daquele texto, cfr. a recolha de Antonio Tizzano, *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione Europea*, Milano, 2004, Giuffrè, e Alan Dashwood-Michael Dougan-Christophe Hillion-Angus Johnston-Eleanor Spaventa, "Draft Constitutional Treaty of the European Union and related documents", 28 *European Law Review* (2003), pp. 3-38.

² Nos termos do seu Artigo IV-447º "o Tratado (...) é ratificado pelas Altas Partes Contratantes, em conformidade com as respectivas normas constitucionais" (número 1) e "entra em vigor no dia 1 de Novembro de 2006, se tiverem sido depositados todos os instrumentos de ratificação ou, não sendo o caso, no primeiro dia do segundo mês seguinte ao do depósito do instrumento de ratificação do Estado signatário que proceder a esta formalidade em último lugar".

Se a natureza internacional do instrumento (um Tratado) que estabelece a Constituição se projecta assim nas disposições que estabelecem a respectiva entrada em vigor, note-se que se verificam já algumas alterações quanto ao processo da sua revisão (para as suas características essenciais tal como até hoje o conhecemos nos Tratados das Comunidades e da União e a prática anterior a este propósito, vejam-se, respectivamente, Ana Maria Guerra Martins, *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 2000, Lex, e Brendan P. G. Smith, *Constitution Building in the European Union. The process of Treaty Reforms*, The Hague, 2002, Kluwer Law International). Assim, para além do artigo IV-443º prever, no seu número 2, que o processo de revisão do Tratado que estabelece a Constituição envolverá em princípio (a menos que se trate, no entender do Conselho Europeu, de alterações cujo alcance o não justifique) a convocação de uma convenção, de composição análoga à que elaborou o presente projecto de Tratado, que analisará os projectos de revisão e adoptará por consenso (sobre as vantagens e os limites deste processo, cfr. Hubert Thierry, "Le consensus dans les Organisations Internationales", 4 *Revue des Sciences Morales et Politiques* (1995), pp. 389-401) uma recomendação dirigida à Conferência dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros (que definirá, nos termos do número 3, de comum acordo, as alterações a introduzir no Tratado que estabelece a Constituição, alterações que entrarão em vigor após ratificação por todos os Estados-Membros, de acordo com as respectivas normas constitucionais), saliente-se que o seu número 4 acrescenta que "se, decorrido um prazo de dois anos a contar da data da assinatura do Tratado que altera o Tratado que estabelece a Constituição, quatro quintos dos Estados-Membros o tiverem ratificado e um ou mais Estados-Membros tiverem deparado com dificuldades em proceder a essa ratificação, o Conselho Europeu analisará a questão".

Retirando também dessas disposições argumentos para a natureza não constituinte da Convenção, cfr. Giovanna De Minico, "Reflections on the "European Constituent Process"", 15 *European Review of Public Law* (2003), pp. 747-769; sobre o ponto, veja-se ainda Florende Deloche-Gaudez, "La Convention pour l'élaboration de la Charte des Droits Fondamentaux: une méthode "constituante"?", in *Une Constitution pour l'Europe?* (sous la direction de Renaud Dehousse), Paris, 2002, Presses de Sciences Po, pp. 177-226

jurídica do processo de construção europeia e dos equilíbrios em que ela assenta na actualidade. Dentre as alterações que se perfilam ao sistema jurídico da União Europeia³ algumas há que são susceptíveis de se virem a repercutir sobre o posicionamento actual e a actividade dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros. É a essas modificações que não deixaremos de fazer referência (II), para só depois indagarmos 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 comunitários (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 tem sido distintamente equacionado quer nos coloquemos da

³ Não podemos fazer aqui o inventário dessas alterações, que se pode no entanto encontrar num conjunto de publicações que fazem a apresentação deste novo texto. Sobre o ponto vejam-se, entre outros, Antonio Tizzano, "Prime note sul progetto di Costituzione Europea", 2-3/2003 *Il Diritto dell'Unione Europea*, pp.249-290, Christian Philip, *La Constitution Européenne*, Paris, 2004, Presses Universitaires de France, as reflexões de Robert Badinter, Jean-Louis Boulanges, Stephen Breyer, Gil Carlos Rodriguez Iglesias e Jean-Claude Casanova em *Quelle Constitution pour l'Europe?*, Paris, 2004, Fondation Robert Schuman, os contributos (de Gil Carlos Rodriguez Iglesias, G. Gutierrez Espada, J. Roldán, J. M. Sobrino e F. J. Carrera) inseridos no v. 7 (2003) da *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, pp. 893-1063), Damian Chalmers, "A Constitution whose bottle is definitely half-full and not half-empty", 28 *European Law Review* (2003), pp. 449-450, Michael Dougan, "The Convention's Draft Constitutional Treaty: bringing Europe closer to its lawyers?", *ibidem*, pp. 763-793, Gráinne de Búrca, "The constitutional challenge of new governance in the European Union", *ibidem*, pp. 814-839, Jurgen Schwarze, "Guest Editorial: The Convention's Draft Treaty establishing a Constitution for Europe", 40 *Common Market Law Review* (2003), pp. 1037-1045, J. Kokott-A. Ruth, "The European Convention and its Draft Treaty establishing a Constitution for Europe: Appropriate answers to the Laecken questions?", *ibidem*, pp. 1315-1345, Stephen C. Sieberson, "The proposed European Union Constitution – Will it eliminate the EU's democratic deficit?", 10 *The Columbia Journal of European Law* (2004), pp. 173-264, Volker Roeben, "Constitutionalism of the European Union after the Draft Constitutional Treaty: How much hierarchy?", *ibidem*, pp. 339-377, Pierre-Yves Monjal, "Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe: quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne?", 40 *Revue trimestrielle de droit européen* (2004), pp. 443/475, Peter-Christian Muller-Graff, *Der Europäische Verfassungskonvent*, Wien, 2004, Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, as contribuições apresentadas ao colóquio *Vom Vertrag zur EU – Verfassung? – Der Konventsentwurf in der Analyse*, inseridas em *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (2004), nº 31, pp. 541-596, e, entre nós, Rui Manuel Moura Ramos, "O Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: breve reflexão", 15/16 *Temas de Integração* (2003), pp. 271-280, Ana Maria Guerra Martins, *O Projecto de Constituição Europeia. Contribuição para o debate sobre o futuro da União*, 2ª edição com as alterações introduzidas pela CIG 2004, Coimbra, 2004, Almedina, Guilherme Oliveira Martins, *Que Constituição para a União Europeia? Análise do Projecto da Convenção*, Lisboa, 2003, Gradiva, Paulo de Pitta e Cunha, *A Constituição Europeia. Um Olhar crítico sobre o Projecto*, 2ª edição, Coimbra, 2004, Almedina, António Covas, *Portugal e a Constituição Europeia. A caminho da 4ª República*, Lisboa, 2003, Edições Colibri, e as contribuições reunidas em Portugal e a Constituição Europeia. Congresso Portugal e o Futuro da Europa, in 18/19 *Estratégia* (2003), A Constituição Europeia. Que novas perspectivas para a União Europeia?, in 13/14 *Europa. Novas Fronteiras* (2003) e A Constituição da Europa, in 1 *Relações Internacionais* (2004), pp. 47-81. Posteriormente à assinatura do Tratado, cfr. ainda António Goucha Soares, "O Tratado Constitucional da União Europeia", 100 *Revista do Ministério Público* (2004), pp. 7-40.

perspectiva da ordem jurídica comunitária quer da dos ordenamentos dos Estados-Membros, devendo acrescentar-se que a diversidade de posições é igualmente um facto quando consideramos cada um destes em particular. Por outro lado, a vastidão dos elementos a considerar a este propósito impossibilita que lhes procuremos fazer uma referência detalhada, que além do mais estaria para além do propósito (instrumental) com que aqui convocamos o tema, e que é o que acima ficou enunciado⁴.

Seremos pois tanto quanto possível breves a este respeito. 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 relacionam⁵. 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 ele 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 respectivo quadro de relações com as ordens nacionais que lhe preexistiam, questão que estas últimas encararam inicialmente de forma semelhante ao que haviam feito em circunstâncias que consideraram próximas, isto é, quando se tratava de estabelecer os termos do seu relacionamento com outras ordens jurídicas⁶. 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 ordenamento⁷ e que viriam a ser objecto de alterações ou acrescentamentos diversos, ao longo do processo de evolução da integração comunitária⁸.

⁴ *Supra*, nº 1.

⁵ Numa perspectiva (dita de interconstitucionalidade) que marcou, entre nós, no essencial, a reflexão de Francisco Lucas Pires nos seus últimos trabalhos. A este respeito, veja-se a sua *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu sentido, problemas e limites)*, Coimbra, 1997, Almedina, pp. 101-112, e Paulo Castro Rangel, “Uma teoria da “interconstitucionalidade” (Pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires)”, 1 *Themis* (2000), pp. 127-151. Alguns autores (cfr. por exemplo Ingolf Pernice, “Multilevel constitutionalism in the European Union”, 27 *European Law Review* (2002), pp. 511-529) utilizam a expressão “multilevel constitutionalism” para descrever e compreender o presente processo de estabelecimento de novas estruturas de governo complementares e construídas sobre, ainda que modificando-as, as formas de organização dos povos e das sociedades. Nesse sentido, a “Constituição europeia” incluiria as constituições nacionais e os tratados comunitários num sistema constitucional bi ou multidimensional (p. 512). E para aspectos essenciais do desenho desse sistema, cfr. Peter G. Xuerab, “The future of Europe: solidarity and constitutionalism. Towards a solidarity model”, 27 *European Law Review* (2002), pp. 643-662.

Dir-se-á que uma tal perspectiva constitui o correlato necessário, no plano jurídico-constitucional, do aparecimento de sistemas políticos multiculturais que assentam no reconhecimento de uma identidade múltipla do indivíduo. Para maiores desenvolvimentos a este propósito, cfr. Joseph H. H. Weiler, “Os direitos fundamentais e os limites fundamentais. Normas comuns e valores antagónicos na protecção dos direitos do Homem”, in *Que Identidade para a Europa? O Multiculturalismo e a Europa. O Problema da Identidade Europeia* (organização de Riva Kastoryano), Lisboa, 2004, Ulisseia, pp. 89-112 (107-112).

⁶ 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.

⁷ Em Portugal vejam-se os artigos 8, nº 2 e nº 3 que prevêem, 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. E o recente nº 4 deste mesmo artigo, que disciplina o estatuto do direito comunitário no ordenamento jurídico nacional.

⁸ 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 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. Mais perto de nós, a Revisão Constitucional de 2004 – a Sexta – modificaria os termos em que se pode convencionar o exercício (em comum, em cooperação ou pelas instituições da União) dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia e acrescentaria o novo número 4 ao artigo 8º referido na nota anterior que dispõe sobre o estatuto do direito comunitário no ordenamento jurídico português.

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, e a recente decisão (nº 2004-496 DC, de 10 de Junho de 2004) do Conseil Constitutionnel, nos termos da qual resultando a transposição de uma directiva em direito interno de uma exigência constitucional que apenas poderia ser afastada por uma disposição constitucional expressa em contrário, compete apenas ao juiz comunitário, na ausência de tal disposição, controlar o respeito por uma directiva comunitária quer das competências definidas pelos Tratados quer dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia (considerando nº 7); do mesmo modo que aquela instância estará impedida de se pronunciar sobre regras nacionais de transposição que se limitem a tirar as consequências necessárias de disposições precisas e incondicionais [e, como tais, directamente aplicáveis na ordem jurídica interna] de uma directiva (considerando nº 9). Em comentário a esta decisão, vejam-se, na doutrina francesa, os estudos de Manuel Delamarre, “Commentaire à la décision du Conseil Constitutionnel en date du 10 juin 2004”, nº 141, *La Lettre de la Fondation Robert Schuman*, nº 174, 5 juillet 2004 (disponível em www.robert-schuman.org), Bertrand Mathieu, “Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s’appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales”, *Recueil Dalloz*, nº 25, de 24 de Junho de 2004, pp. 1739-1740, Henri Oberdorff, “Le Conseil constitutionnel et l’ordre juridique communautaire: Cooperation et contrôle (À propos de la décision du Conseil constitutionnel nº 2004-496 du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l’économie numérique)”, *Revue du Droit Public*, 2004, nº 4, pp. 869-874, Jean-Pierre Camby, “Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution?”, *ibidem*, pp. 878-888, Anne Levade, “Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé”, *ibidem*, pp. 889-911, Jérôme Roux, “Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution”, *ibidem*, pp. 912-933, Jacques Arrighi de Casanova, “La décision nº 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes”, 28 *L’Actualité Juridique. Droit Administratif* (2004), pp. 1534-1537 e Marie Gautier-Fabrice Melleray, “Le refus du Conseil constitutionnel d’apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire”, *ibidem*, pp. 1537-1541. Salientando em geral a importância desta decisão, por reconhecer a competência exclusiva do juiz comunitário para controlar o respeito pela directiva comunitária quer das competências definidas pelos tratados, quer dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia, cfr. Gil Carlos Rodriguez Iglesias, “El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva”, 18 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2004), pp. 393-397; e sobre a questão, por último referida naquela decisão, do controlo das regras

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 das regras da nova ordem jurídica, 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)⁹, o estatuto dos actos comunitários nas ordens jurídicas dos Estados-Membros e os termos da sua aplicação pelo juiz nacional¹⁰, 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 no que respeita às normas contidas nos Tratados e nos actos que posteriormente os modificaram, quer quanto às do direito derivado) sobre o direito interno ordinário, ainda que posterior, tendo permanecido porém em aberto, na maior parte dos sistemas jurídicos nacionais, e na medida em que sobre ela se não haviam pronunciado 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^{11 12}.

nacionais de transposição que se limitam a tirar as consequências necessárias de disposições precisas e incondicionais de uma directiva, veja-se, por exemplo, Pietro Perlingieri, *Diritto Comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Nápoles, 1992, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 85-114 (Controllo di legittimità costituzionale della legge esecutiva e della normativa comunitaria derivata).

⁹ 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. E, para uma reflexão recente sobre as suas perspectivas futuras, cfr, as contribuições recolhidas em *The Uncertain Future of the Preliminary Rulings Procedure*, simpósio organizado pelo Council of State, the Netherlands, 2004, Raad van State.

¹⁰ Para uma indicação sintética das principais dessas decisões e do seu conteúdo essencial cf. o que escrevemos em “Controle jurisdictionnel des actes des institutions communautaires”, in *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, IV (2000), pp. 421-461, a ps.451-456, e, entre nós, a obra de José Luís Caramelo Gomes, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário. O exercício da autoridade jurisdiccional nacional na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia*, Coimbra, 2003, Almedina.

¹¹ Questão sobre a qual o Tribunal de Justiça não tem dúvidas em afirmar o mesmo princípio do primado. Cf. as decisões citadas no nosso 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.

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 Europeias¹³. Tal repartição de competências 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 muito¹⁴ 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 invalidade ou a não aplicação 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 alemã¹⁵. É certo que esta posição seria atenuada posteriormente, na sequência da evolução da jurisprudência comunitária em matéria de protecção dos direitos fundamentais¹⁶, e que aquele tribunal viria mais tarde a reconhecer¹⁷ 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

¹² Neste sentido, entre nós, e por último, o nosso trabalho citado *supra*, na nota 8. a p. 136, Cardoso da Costa, “O Tribunal 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”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, v. I, Coimbra, 2003, Coimbra Editora, pp. 301-317.

¹³ 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 anterior).

¹⁴ Desde o acórdão Foto-frost (processo 314/85) de 22 de Outubro de 1987.

¹⁵ Veja-se o acórdão Internationale Handelsgesellschaft (dito Solange I) de 29 de Maio de 1974.

¹⁶ 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, e Vital Moreira, “A constitucionalização dos direitos fundamentais na União Europeia (EU)”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa* (*cit. supra*, nota 12), pp.697-735.

¹⁷ Numa decisão de 22 de Outubro de 1986, no Caso Wunsche Handelsgesellschaft (Solange II).

aprofundado da legislação comunitária, uma vez que posteriormente, na decisão *Brunner*, de 12 de Outubro de 1993¹⁸, 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 imporia à Alemanha - e nessa verificação se exerceria a competência de controlo do Tribunal Constitucional alemão, que se estenderia igualmente às decisões do Tribunal de Justiça¹⁹. 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 - e é a ausência de verificação 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 alemã²⁰.

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 Constitucional²¹, não se tendo porém 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 quando esteja em causa o direito comunitário -, mesmo que em termos de apenas estar em causa a salvaguarda de um seu “núcleo essencial”²² sempre estaria em aberto um potencial conflito com a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça.

¹⁸ Decisão geralmente referida como Maastricht.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ Acórdão 621/98. Cf. a propósito os trabalhos de Cardoso da Costa e Maria Helena de Brito referidos *supra*, na nota 12.

²² Que Cardoso da Costa propende a identificar (op. cit. *supra*, nota 12, 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 CE “as identidades nacionais dos Estados-Membros”. De forma mais desenvolvida, anote-se que o artigo 1-5º do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa reafirma, no seu número 1, que “A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante a Constituição, bem como a

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 judiciária²³. 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 respeitar²⁴ 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 Português²⁵.

Vejamos agora quais as modificações que a entrada em vigor do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa poderá acarretar à actual situação.

II

6. A primeira alteração a mencionar é a que respeita precisamente à 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 material²⁶, importa contudo sublinhar que a formalização da

respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais de cada um deles (...)."

²³ 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.

²⁴ Note-se que, para alguns autores, a presente Constituição europeia "sarebbe rappresentata e identificata (...) dal lavoro quotidiano delle pratiche compositive "virtuose" che vengono messe in atto, anche in forme irreflessive, in tutti i livelli dell'organizzazione europea, dalle innumerabili autorità amministrative e giudicarie degli Stati nazionali, su su fino agli organi di vertice delle istituzioni europee". A expressão é de Gustavo Zagrebelsky (*Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2003, Editori Laterza, p. IX, que resume nestes termos o essencial do pensamento de Joseph H. H. Weiler desenvolvido nessa mesma obra (p. 22-42) num estudo intitulado "Federalismo e costituzionalismo: il "Sonderweg" europeo").

²⁵ Vejam-se as referências a este propósito contidas no nosso trabalho citado *supra*, na nota 8, 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.

²⁶ Cf. o que escrevemos em "O Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: breve reflexão" (*cit. supra*, nota 3), pp. 271-280, a p. 275.

Sobre o processo de constitucionalização da União Europeia, cfr. Gil Carlos Rodriguez Iglesias, *La Dimensión Constitucional del Derecho Comunitario Europeo*, Oviedo, 1998, Academia Asturiana de Jurisprudencia, os estudos reunidos em *The Birth of a European Constitutional Order. The Interaction of European and Constitutional Law* ([por Jurgen Schwarz (ed.)] Baden-Baden, 2001, Nomos Verlagsgesellschaft, em *La Constitution de l'Europe* (por Paul Magnette), 2ª edição revista e aumentada, Bruxelles, 2002, Éditions de l'Université de Bruxelles, em *European Constitutionalism Beyond the State* [por J. H. H. Weiler e Marlene Wind (ed.)], Cambridge, 2003, Cambridge University Press, em *Verso la Costituzione Europea*, Milano, 2003, Giuffrè, e em *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* (*cit. supra*, nota 24), a monografia de David Blanchard, *La Constitutionnalisation de l'Union Européenne*, Rennes, 2001, Éditions Apogée, Koen Lenaerts-Tim Corthaut, "Judicial review as a contribution to the development of european constitutionalism", 22 *Yearbook of European Law* (2003), pp.1-43, e

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-Membros²⁷. Na verdade, a Constituição é uma *suprema lex* e a elevação expressa dos tratados institutivos da União e das Comunidades a este patamar não deixará de poder ter consequências que ultrapassarão decerto o plano (não negligenciável, de resto) do simbólico²⁸.

Ricardo Alonso Garcia, “El proceso de constitucionalización de la integración europea”, 1 *De Cita. Derecho del Comercio Internacional* (2004), pp. 508-516.

²⁷ 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). Mas anote-se que ela remonta já ao primeiro presidente da Comissão, Walter Hallstein, que não hesitou em afirmar logo em 1964 que “plus qu’ une convention classique de droit des gens, ce Traité-cadre de politiques vivantes, base d’ institutions aux pouvoirs étendus, générateur de droits et d’ obligations pour chaque citoyen comme pour les Autorités les plus hautes des États, n’ évoque-t-il pas la constitution d’ un État moderne et nous permet en citoyen d’ une république fédérale de ne pas hésiter sur la nature de cette Constitution?” (citado por Sabino Cassese, *Lo Spazio giuridico globale*, Bari, 2003, Editori Laterza, p. 36).

²⁸ Sobretudo quando se têm presentes as diferenças efectivas entre a estrutura de base da União e a das entidades em relação às quais o termo “constituição” é em via de regra utilizado (os Estados). A propósito do diferente paradigma presente nos dois casos e dos termos da transposição que neste caso se torna necessário levar a cabo, cfr. Sergio Dellavalle, *Una Costituzione senza Popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Milano, 2002, Giuffrè, e, impressivamente, Dieter Grimm, para quem “non è una presunta società europea o un presunto popolo europeo a rappresentare la fonte del potere politico esercitato nell’ Unione Europea, bensì talle fonte e costituita fino a oggi dagli Stati membri” (“Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell’ ottica della critica dell’ ipotesi di una Costituzione europea”, in *Diritti e Costituzione nell’ Unione Europea* (cit. supra, nota 24), pp. 5-21, p. 17). Criticando esta construção por em seu entender ignorar “il carattere volontaristico di una nazione di cittadini, la cui identità collettiva non esiste né prima, né in generale indipendentemente dal processo democratico dal qual nasce”, veja-se Jurgen Habermas “Perché l’Europa ha bisogno di una Costituzione?”, in *Diritti e Costituzione nell’ Unione Europea* (cit. supra, nota 24), pp. 94-118, a p. 96.

Ademais, e como o recordámos em anterior trabalho [“O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: breves reflexões” (cit. supra, nota 3, p. 275)], a determinação heterónoma dos princípios reguladores da União também se afasta da caracterização típica do processo constituinte, em essa determinação resulta em princípio da própria comunidade a cuja regulação eles se dirigem. Mas vejamos, apartando-se deste modelo, os distintos exemplos sistematizados por Jean-François Flauss, no seu estudo “L’internationalisation de l’exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?”, in *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Bruylant, pp. 401-433. De todo o modo, tem-se salientado que a principal dificuldade com que se defronta a transposição, para uma realidade jurídico-política como a da actual União Europeia, do conceito de constituição, tal como o conhecemos na teoria do Estado, está na inexistência de um poder constituinte configurado em termos de respeito do princípio democrático. Assim, por exemplo, Dieter Grimm, “Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell’ottica della critica dell’ipotesi di una Costituzione europea”, in *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea* (cit. supra, nota 24), pp. 5-21, e, mais detidamente, Javier Ruy Pérez, *La “Constitución Europea” y la Teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político*, Madrid, 2000, Editorial Biblioteca Nueva.

Sublinhando também que a denominação de Constituição “manifesta a vontade de estabelecer um texto que, pela sua função e conteúdo, tenha uma natureza constitucional e seja percebido e entendido como tal pelo conjunto dos cidadãos”, cfr. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, “La constitucionalización de la Unión Europea”, 7 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), nº 16, pp. 893-896.

Uma dessas consequências produzir-se-á muito provavelmente em sede de reforço da unidade do sistema jurídico da União²⁹. 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, o que implicará presumivelmente que a resposta às questões que actualmente se colocam quanto ao relacionamento dos sistemas jurídicos existentes no seu seio tenda a ser vista como decorrendo mais da interpretação e aplicação das regras da sua lei fundamental que duma cooperação ou diálogo entre instâncias diversas.

Será assim difícil que a maior coesão do todo não se venha a repercutir, atentos os mecanismos existentes (designadamente o actualmente previsto no artigo 234º do Tratado CE e nos artigos I-29º, número 3, alínea b), e III-369º do novo Tratado) num reforço dos poderes dos órgãos centrais.

7. Outra nota que poderá ser interpretada em idêntico sentido é a que resulta da consagração, no artigo I-6º do Tratado, 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*³⁰, o que reenvia de imediato para o princípio da atribuição, a que o artigo I-11º continua a reconhecer uma função fundamental na delimitação das competências da União³¹. 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 controlo externo da actuação do legislador comunitário que não passasse pela construção elaborada pelo *Bundesverfassungsgericht* no seu acórdão *Maastricht*³².

²⁹ A este propósito veja-se o que escreve Luca Albino, “La costruzione di un sistema europeo delle fonti tra unicità e pluralità degli ordinamenti”, in *Costituzione Italiana e Diritto Comunitario. Principi e Tradizioni Costituzionali Comune. La Formazione Giurisprudenziale del Diritto Costituzionale Europeo* (a cura di Silvio Gambino), Milano, 2002, Giuffrè, pp. 453-480.

³⁰ Sublinhado nosso.

³¹ Para uma apreciação crítica dos desenvolvimentos ocorridos no âmbito da Convenção e que se traduziriam nos novos artigos I-12º a I-18º Tratado, cfr. Gareth Davies, “The post-Laeken division of competences”, 28 *European Law Review* (2003), pp. 686-698.

³² 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 portanto aprovasse) 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.

Atente-se ainda em que o novo Projecto de Tratado organiza uma nova forma de controlo de certos actos da União (os que se traduzam numa violação do princípio da subsidiariedade). Assim, o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da

Depois saliente-se que o primado reconhecido ao direito da União (a todo o direito da União, note-se³³) 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/Enel³⁴. O que parece destinado a resolver a questão normativa posta pelo relacionamento entre o direito comunitário e os direitos nacionais a que atrás aludimos³⁵. É claro que pode argumentar-se que o princípio deverá ser lido em

proporcionalidade prevê (no seu artigo 4º) o envio, por parte da Comissão, de todos os seus projectos de actos legislativos europeus e dos seus projectos alterados aos Parlamentos nacionais dos Estados-Membros, ao mesmo tempo que ao legislador da União. E prevê (no seu artigo 6º) que o Parlamento nacional de qualquer dos Estados-Membros ou qualquer das suas câmaras possa dirigir, no prazo de seis semanas contado a partir do envio do projecto de acto legislativo europeu, aos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, um parecer fundamentado em que exponha as razões pelas quais considera que a proposta em questão não obedece ao princípio da subsidiariedade. No caso de tais pareceres representarem, pelo menos, um terço do total dos votos atribuídos (para este efeito, cada Parlamento nacional dispõe de dois votos, repartidos em função do sistema parlamentar nacional) aos parlamentos nacionais dos Estados-Membros e às respectivas câmaras (sendo este limiar de um quarto, tratando-se de iniciativas relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça respeitantes à cooperação judiciária em matéria penal e à cooperação policial), a Comissão deve reanalisar o seu projecto. Finalmente, o artigo 8º do mesmo Protocolo prevê que o Tribunal de Justiça é competente para apreciar os recursos [de anulação] com fundamento em violação, por um acto legislativo europeu, do princípio da subsidiariedade interpostos nos termos do artigo III-365º da Constituição (que corresponde ao actual artigo 230º do Tratado CE), pelos Estados-Membros, ou por eles transmitidos, em nome do respectivo parlamento nacional ou de uma das suas câmaras, ou pelo Comité das Regiões, relativamente aos actos para que a Constituição preveja a sua consulta. Sobre este mecanismo, cfr. as observações de Stephen Weatherill, "Using national parliaments to improve scrutiny of the limits of EU action", 28 *European Law Review* (2003), pp. 908-912.

³³ A precisão justifica-se porque a consagração da tese do primado parece alargá-lo a áreas (falamos da Política Externa e de Segurança Comum – artigos III-294º a III-313º do Tratado que estabelece a Constituição) por ele até ao presente não abrangidas, e cujas disposições (veja-se o artigo III-376º do mesmo texto) não estariam sujeitas ao controlo do Tribunal de Justiça. No mesmo sentido Anthony Arnall, "The future of the Convention method", 28 *European Law Review* (2003), pp. 573-574.

³⁴ De 15 de Julho de 1964, no processo 6/64.

Sobre esta questão, veja-se por último a obra de José María Jover Gómez-Ferrer, *Constitución y Derecho Comunitario*, Madrid, 2004, Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado.

³⁵ *Supra*, nº 4.

A hipótese aventada em texto parece ser confirmada pelo teor do novo número 4, acrescentado ao artigo 8º da Constituição Portuguesa pela Sexta revisão constitucional (de 2004), nos termos do qual "as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das suas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático" (artigo 3º da Lei Constitucional nº 1/2004, de 24 de junho, *in Diário da República*, I Série-A, nº173, de 24 de Julho de 2004, pp. 4642-4650). Assim, este preceito vem consagrar uma disciplina especial [distinta da que se encontra contida no número 3 do mesmo artigo para os normas de direito derivado das demais organizações internacionais de que Portugal faça parte (no sentido de que apesar de inserido pela primeira revisão constitucional, de 1982, para permitir a aplicação do direito derivado das Comunidades Europeias na ordem jurídica interna, uma vez que na altura se perspectivava a adesão de Portugal a estas organizações, o artigo 8º, número 3, regia igualmente a inserção na ordem interna dos actos de outras organizações internacionais que dispusessem de poderes normativos em relação aos Estados-Membros e desde que a aplicabilidade directa dos seus actos estivesse prevista no respectivo tratado constitutivo, veja-se Moura Ramos, "Portugal", *in L'Intégration du Droit International et Communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de*

consonância com os artigos I-5º, número 1, e I-9º, número 3, do Tratado, sendo que o primeiro³⁶ reafirma que “A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante a Constituição, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (...)”, procurando assim excepcionar-se o direito constitucional nacional (ou alguns dos seus princípios³⁷) do âmbito do princípio do primado tal como está afirmado no artigo I-6º. Mas duvida-se que tal seja compatível com a intencionalidade deste preceito, que se limita a consagrar uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça³⁸, ou que este órgão jurisdicional se sinta levado a atenuar ou flexibilizar o que a este propósito vem defendendo.

Nestes termos, dificilmente o artigo I-6º, deixará de ser visto como a adesão expressa das instâncias que em cada Estado-Membro exercem o *treaty-making power* à

la pratique en Europe (sous la direction de Pierre Michel Eisemann), The Hague, 1996, Kluwer Law International, pp. 461-494, a pp. 481-484] no que tange à aplicabilidade, na ordem interna portuguesa, do direito da União Europeia, designadamente do direito derivado criado pelas instituições no exercício das respectivas competências (saliente-se o alinhamento com a fórmula do artigo I-6º Tratado citado *supra*, em texto). E a característica desta disciplina está em que o Estado Português se dispensa de a definir ele próprio, limitando-se antes a acolher, com a ressalva do “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”, aquilo que vier a ser consagrado (hoje ou no futuro, presume-se) pelo próprio direito da União (é o que parece resultar da utilização da expressão “nos termos definidos pelo direito da União”).

É certo que desta forma se eliminam em princípio, e com ressalva de um eventual distinto entendimento, por parte do Tribunal Constitucional Português e das instâncias competentes da União, da noção de “princípios fundamentais do Estado de direito democrático” as possíveis divergências a este propósito entre a ordem jurídica portuguesa e o direito comunitário. Mas não se deixará de se salientar que tal resultado é obtido pelo assumir, por parte da ordem jurídica portuguesa, de uma característica essencial do ordenamento comunitário (para que há muito chamáramos a atenção – cfr. “As Comunidades Europeias. Enquadramento normativo-institucional”, *in Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário* (cit. *supra*, nota 9), pp. 7-102 (100-101): o facto de o direito comunitário ter chamado a si a autoridade para estabelecer o seu relacionamento com as ordens jurídicas dos Estados-Membros, circunstância esta que na altura considerámos “a nota mais saliente do federalismo jurídico com que por vezes se pretende caracterizar a ordem jurídica comunitária” (p. 101). Sabino Cassese (*Lo Spazio giuridico globale*, cit. *supra*, nota 27) viu recentemente nesta ideia o mesmo princípio de unidade (todas as partes pertencem a um todo) que inspirava a ordem medieval: “Il diritto comunitario è *unum ius* rispetto agli *iura propria* degli ordinamenti particolari. Esso riesce a graduare la validità delle norme concorrenti, che si misurano sul metro comunitario. I diritti particolari o domestici possono svilupparsi in piena autonomia soltanto per quei rapporti per cui il diritto comunitario non provveda. Insomma, è lo *ius commune* che fissa l’ordine delle fonti, al quale dovranno attenersi gli ordinamenti particolari” (pp. 35-36). E Julio Gonzalez Campos (“La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre Tribunales Comunitarios y Tribunales Nacionales”, *in La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, Civitas, pp. 493-507) chama igualmente a atenção para que ao Tribunal de Justiça corresponde a tarefa verdadeiramente constitucional de determinar os limites da autonomia dos direitos nacionais e os limites das competências comunitárias (p. 506).

³⁶ Por sua vez, o artigo I-9º, número 3, dispõe que “os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, fazem parte do direito da União enquanto princípios gerais”.

³⁷ Esta interpretação sempre daria cobertura sistemática a ressalvas como a feita no actual número 4 do artigo 8º da Constituição Portuguesa aos “princípios fundamentais do Estado de direito democrático” (cfr. *supra*, na nota 35).

³⁸ Asserção esta que é expressamente assumida pela Conferência intergovernamental na Declaração nº1 anexa ao Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (Declaração *ad* artigo I-6º) onde se constata que este artigo “reflecte a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância”.

tese que o Tribunal de Justiça sempre defendeu a propósito do relacionamento entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas nacionais dos Estados-Membros³⁹. Com o

³⁹ Adesão que não se vislumbra como poderá dispensar, em certos casos (como designadamente ocorreu entre nós) a utilização prévia dos mecanismos de revisão constitucional.

Saliente-se contudo que o Tribunal Constitucional espanhol afastou tal necessidade, ao decidir recentemente (DTC 1/2004, de 13 de Dezembro de 2004), depois de recordar que “o primado que se proclama no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa opera relativamente a um ordenamento que se constrói sobre os valores comuns das Constituições dos Estados integrados na União e das suas tradições constitucionais”, que “a supremacia da Constituição é pois compatível com regimens de aplicação que outorguem preferência aplicativa a normas de outro ordenamento diferente do nacional sempre que a própria Constituição assim o haja disposto, que é o que ocorre exactamente com a previsão contida no seu artigo 93, mediante o qual é possível a cessão de competências derivadas da Constituição em favor de uma instituição internacional assim habilitada constitucionalmente para a disposição normativa de matérias até então reservadas aos poderes internos constituídos e para a sua aplicação a estes”. Pelo que seria assim a própria Constituição espanhola que aceitaria já, no seu artigo 93, o primado do direito da União no âmbito que a esse direito é próprio, tal como o dispõe expressamente o artigo I-6º do Tratado, pelo que se haveria de concluir que, “com base no disposto no artigo 93 correctamente entendido (...) este Tribunal não encontra contradição entre o artigo I-6º do Tratado e a Constituição espanhola”. E o Tribunal conclui adiantando que se a dinâmica do direito da União Europeia porventura viesse a revelar uma tal incompatibilidade com a Constituição espanhola a conservação da soberania do povo espanhol e a supremacia da Constituição de que este se dotou poderiam levá-lo a abordar os problemas que em tal caso se suscitariam através dos procedimentos constitucionais pertinentes, além do que a referida soberania sempre seria assegurada pelo artigo I-60º do Tratado (que prevê a saída voluntária da União), verdadeiro contraponto do seu artigo I-6º, e que permite definir na sua real dimensão o primado proclamado neste último, incapaz de se sobrepor ao exercício de uma renúncia, que permanece reservada à vontade soberana, suprema, dos Estados-Membros”.

No mesmo sentido, também o Conseil Constitutionnel francês, que na sua decisão nº 2004-505, DC, de 19 de Novembro de 2004, concluiria pela necessidade de uma revisão da Constituição francesa, prévia à eventual ratificação pela França de algumas das disposições do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, excluiria do círculo destas o artigo I-6º, uma vez que o primado do direito da União sobre o direito nacional aí afirmado deve ser lido à luz do conjunto das demais disposições do Tratado, assim como da intenção comum das partes contratantes. Resulta com efeito da conjunção dessas disposições, em particular do artigo I-1 (em virtude do qual as competências atribuídas à União se exercem segundo o “método comunitário) e do artigo I-5º (nos termos do qual “a União respeita a identidade nacional dos Estados-Membros inerente às suas estruturas fundamentais políticas e constitucionais”) que o alcance do princípio do primado do direito da União se mantém inalterado por referência ao que reconhecia já o artigo 88-1 da Constituição, como o julgou o Conseil Constitutionnel em junho e julho de 2004 (considerandos 9 a 13 da decisão). Sobre esta decisão, veja-se o comentário de Anne Levade, “Le cadre constitutionnel du débat de révision de la Constitution”, in *Le supplément de la Lettre* nº 191, de 6 de Dezembro de 2004, Fondation Robert Schuman. L’Europe en actions (disponível em www.robert-schuman.org), e Bertrand Mathieu, “La “Constitution” européenne ne menace pas la République. Observations sur la décision 2004-505 DC, Traité portant Constitution pour l’Europe”, *Recueil Dalloz*, nº 43, de 2 de Dezembro de 2004, pp. 3075-3077; e para o contexto constitucional em que ela intervém, veja-se Manuel Delamarre, “Le Conseil Constitutionnel et la Constitution Européenne”, in *Le supplément de la Lettre* nº 187, de 8 de Novembro de 2004, Fondation Robert Schuman. L’Europe en actions (disponível em www.robert-schuman.org) e Olivier Dutheillet de Lamothe, “Le Conseil Constitutionnel et le droit européen”, *57 Revue française de droit constitutionnel* (2004), pp. 23-35.

Atente-se em que as duas instâncias de controlo da constitucionalidade cuja posição referimos vêm nos textos constitucionais respectivos o mesmo princípio agora (na revisão constitucional de 2004) expressamente afirmado no artigo 8º, número 4, da Constituição portuguesa.

que isso implica de redução de margem de manobra das instâncias nacionais de controlo da constitucionalidade.

8. Ainda no mesmo sentido, poderemos referir a nova disposição contida no artigo I-29º, número 1, segunda parte, do Tratado, e onde se estatui que “os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União”.

É algo ambíguo o estatuto do presente texto. É concebível que, partindo do reconhecimento das limitações de que enferma presentemente, no domínio do direito comunitário, o princípio da protecção jurisdicional efectiva⁴⁰⁴¹, o “legislador” do 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 (agora do Tratado que estabelece a Constituição), aprofundar e reforçar o mecanismo de protecção judicial efectiva.

⁴⁰ A que o “legislador” do Tratado de algum modo procura fazer face, por exemplo com a redacção proposta para o artigo III-365º, 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 necessitem de medidas de execução”, mesmo que tais actos lhe não digam individualmente respeito, por referência ao 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, os seus antecedentes e sequelas, vejam-se, por exemplo, Jean-Paul Jacqué, “Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif. Dialogue entre le juge et le «constituant»”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2002, pp. 1-15, F. G. Jacobs, “Effective judicial protection of individuals in the European Union, now and in the future”, *ibidem*, 2/2002, pp. 203-213, Pietro Manzini, “Ricorso di annullamento: riforma e controriforma”, *ibidem*, 4/2002, pp. 717-737, C. Amalfitano, “La protezione giurisdizionali dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario”, *ibidem*, 1/2003, pp. 13-44, Denis Waelbroeck, “Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier: trois pas en avant, deux pas en arrière”, 38 *Cahiers de Droit Européen* (2002), pp. 3-8, Pascal Gilliaux, “L’arrêt Unión de Pequeños agricultores: entre subsidiarité jurisdictionnelle et effectivité”, 38 *Cahiers de Droit Européen* (2003), pp. 177-202, Rostane Mehdi, “La recevabilité des recours formés par des personnes physiques et morales à l’encontre d’ un acte de portée générale: l’aggiornamento n’ aura pas eu lieu...”, 39 *Revue trimestrielle de droit européen* (2003), pp. 23-50, Filip Ragolle, “Access to justice for private applicants in the Community legal order: recent (r)evolutions”, 28 *European Law Review* (2003), pp. 90-101, John A. Usher, “Direct and individual concern – an effective remedy or a conventional solution?”, 28 *ibidem* (2003), pp. 575-600, Albertina Albors-Llorens, “The standing of private parties to challenge community measures: has the European Court missed the boat?”, 62 *Cambridge Law Journal* (2003), pp. 72-92, José Manuel Cortés Martín, “Afectación individual (230,4 CE): Un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?”, 7 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), pp. 1119-1173, Angela Ward, “Locus Standi under Article 230(4) of the EC Treaty: Creating a coherent test for a “Wobbly Polity””, 22 *Yearbook of European Law* (2003), pp. 45-77, e A. Alemanno, “In margine alla sentenza *British American Tobacco*. Continua la saga «Unión de Pequenos Agricultores – Jego-Quéré»?”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2004, p. 183-200.

⁴¹ Veja-se o que escrevemos em “Controle juridictionnel des actes des institutions communautaires” (*cit. supra*, nota 10, 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), e Laurence W. Gormley, *Judicial Review in EC and EU Law – Some architectural malfunctions and design improvements?*, 2002, Durham European Law Institute.

Mas pode igualmente entender-se, diversamente, que, após investir, no número 1, o Tribunal de Justiça na missão de “garantir o respeito do direito na interpretação a 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 União⁴², 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.

9. Mas a nota fundamental a sublinhar no Tratado, para o fim que ora nos interessa, parece-nos ser a disposição contida no seu artigo I-9º número 1, onde se refere que “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais, que constitui a Parte II”. 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 Nice⁴³, a fim de, ao conferir-lhes dessa forma maior visibilidade⁴⁴, “reforçar a protecção dos direitos

⁴² Sobretudo quando se prevê agora (artigo III-359º) que “A lei europeia pode criar tribunais especializados adstrictos ao Tribunal Geral, encarregados de conhecer em primeira instância de certas categorias de recursos em matérias específicas”.

⁴³ Sobre este texto, cf. o nosso trabalho citado *supra*, na nota 16, António Goucha Soares, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Protecção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário*, Coimbra, 2002, Coimbra Editora, as contribuições inseridas em *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, Coimbra Editora, *Diritto, Diritti Giurisdizione La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (a cura di Roberto Toniatti), Pádua, 2002, Cedam, e *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (bajo la coordinación de Carlos Ruiz Miguel), Santiago de Compostela, 2004, Universidade de Santiago de Compostela, os estudos (de Mario Comba, Enrico Grosso, Olivier De Schutter e Jorg Luther) inseridos (pp. 153-243) em *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* (*cit. supra*, nota 24), Silvia Acierno, “La sentenza *Carpenter*: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario”, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2002, pp. 653-670, Claudio di Turi, “La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza”, *ibidem*, pp.671-686, L. Radicati di Brozolo, “L'Unione ed i diritti fondamentali: un passo avanti e due indietro (sui diritti economici)?”, *ibidem*, pp. 551-554, U. Vilani, “Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea”, *ibidem*, 1/2204, pp. 73-116, Liv Jaeckel, “The duty to protect fundamental rights in the European Community”, 28 *European Law Review* (2003), pp. 508-527, Andrew Williams, “EU human rights policy and the Convention on the Future of Europe: a failure of design?”, *ibidem*, pp. 794-813 e Gráinne de Búrca – Jo Beatrix Aschenbrenner, “European Constitutionalism and the EU Charter of Fundamental Rights”, 9 *The Columbia Journal of European Law* (2003), pp. 355-382. E para o sentido desta integração, vejam-se Franz C. Mayer, “La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne”, 39 *Revue trimestrielle de droit européen* (2003), pp. 175-196, Fabienne Turpin, “L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne. Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe”, *ibidem*, pp. 614-636, e Ingolf Pernice, “Integrating the Charter of Fundamental Rights into the Constitution of the European Union: Practical and theoretical propositions”, 10 *The Columbia Journal of European Law* (2003), pp. 5-48.

Saliente-se ainda que as disposições da Carta, embora ainda não dotadas de força obrigatória a se, não têm por isso deixado de constituir fonte de inspiração e objecto de referência privilegiada da jurisprudência comunitária, ainda que a doutrina tenha podido detectar nas atitudes respectivas do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância significativas dissonâncias. Assim, e para o período inicial, Jean-François Flauss, “Les droits de l'homme dans l'Union européenne. Chronique d'actualité 2001-2002”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2/2003, pp. 143-179.

⁴⁴ Sublinhando também o carácter em geral não inovatório da Carta, Alessandro Pizzorusso (*Il Patrimonio Costituzionale Europeo*, Bolonha, 2002, Il Mulino, p. 175) considera aquele

fundamentais à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”⁴⁵.

A Carta prevê que os direitos nela consagrados⁴⁶ vinculam, nos termos do seu artigo II-111º, não só as instituições, órgãos e agências da União, mas também os Estados-Membros⁴⁷, ainda que apenas quando apliquem o direito da União⁴⁸. 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 Constituição⁴⁹ são exercidos de acordo com as condições e limites nelas definidos” (número 2 do artigo II-112º) e quando as disposições da Carta contenham tão só princípios elas “poderão ser aplicadas através de actos legislativos e executivos tomados (?) pelas instituições, órgãos e organismos da União e por actos dos Estados-Membros, quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respectivas competências”, adiantando-se que “só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação desses actos e a fiscalização 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) parece que o legislador terá procurado reduzir o grau de vinculação das disposições cuja obrigatoriedade agora expressamente 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 disposições constantes de outras partes do Tratado, das condições e limites nelas definidos⁵⁰, os direitos ora recenseados na Carta se impõem aos Estados-

instrumento “un’ importante ricognizione del contenuto normativo di una componente essenziale di quelle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri dell’ Unione europea cui la giurisprudenza della Corte di giustizia prima e i trattati poi avevano già riconosciuto natura di principi generali di diritto comunitario e che pertanto facevano parte da tempo del patrimonio costituzionale comune dei popoli europei”

⁴⁵ Cf. a Quarta frase do preâmbulo da Parte II (Carta dos Direitos Fundamentais da União) do Tratado.

Sobre a posição da Carta no ordenamento comunitário, cfr. Javier Roldán Barbero, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la EU: su estatuto constitucional”, 7 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), nº 16, pp. 943-991.

⁴⁶ Isto é, nos seus Títulos I a VI (artigos II-61º a II-110º): Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania e Justiça.

⁴⁷ Considerando a aplicação da Carta aos órgãos nacionais “piú un elemento supplementare di complicazione e di insicurezza giuridica che un progresso”, veja-se Louis Favoreu, “I garanti dei diritti fondamentali europei”, in *Diritti e Costituzione nell’ Unione Europea* (cit. supra, nota 24), pp. 247-257, a p. 256. O autor aplaude, todavia, a sua aplicação aos órgãos comunitários.

⁴⁸ Sobre estas entidades recai assim o dever “respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União por outras partes da Constituição” (artigo II-111º, número 1).

⁴⁹ *Maxime* a Parte III (Políticas e Funcionamento da União).

⁵⁰ Nos termos das “anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, elaboradas sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção que elaborou a Carta e actualizadas sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção Europeia” (e hoje constantes da Declaração nº 12 anexa ao Tratado, sobre as anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais) que, segundo o parágrafo 5 do Preâmbulo da Parte II do Tratado, deverão ser tidas na devida conta pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros na interpretação da Carta, “A Carta não modifica o regime de direitos conferidos pelo Tratado CE e agora retomados pelas partes I e III da Constituição”, visto que tais direitos “continuam sujeitos às condições e limites aplicáveis ao direito da União em que se baseiam e previstos agora nas Partes I e III da Constituição” (anotação ao artigo II-112º), o que se afigura algo paradoxal face ao reconhecimento da sua fundamentalidade.

Membros “quando apliquem o direito de União”⁵¹, o que implica que tal ocorra em domínios progressivamente mais alargados, dado o significativo aumento de competências desta.

O que implica que, no âmbito assim delineado, o controlo, à luz dos preceitos que consagram os direitos fundamentais, da actividade dos Estados-Membros passará a ser da competência do Tribunal de Justiça, nos termos previstos pelas diversas vias de recurso previstas no Tratado⁵², uma vez que a actividade do sistema jurisdicional comunitário não é excluída no âmbito da Parte II deste⁵³.

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. Na verdade, o referido artigo II-112º limita-se a prever que na medida em que a presente Carta reconheça “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”⁵⁴ (número 3) e que caso se trate de “direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, tais direitos serão interpretados de acordo com essas tradições” (número 4)⁵⁵. O que nos permite concluir que 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-113º) 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 no 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

⁵¹ 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 16, a p. 986, na nota 71).

⁵² Cf., para a respectiva indicação, designadamente os artigos III-360º a III-362º e III-369º.

⁵³ Vide, *a contrario*, o disposto no artigo III-376º. Expressamente no sentido do alargamento, resultante do Tratado, do controlo jurisdicional exercido pelo Tribunal de Justiça, veja-se entre nós, recentemente, Maria José Rangel de Mesquita, “O Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa e a competência *ratione materiae* do Tribunal de Justiça”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, 2004, Coimbra Editora (edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), pp.793-825.

⁵⁴ Acrescentando-se embora no mesmo artigo que o direito da União não está impedido de estabelecer uma protecção mais ampla.

⁵⁵ O número 6 do mesmo artigo acrescenta que “as legislações e práticas nacionais devem ser plenamente tidas em conta tal como precisado na presente Carta”.

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 expressa confirmação 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 haveria 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 limitariam a consagrar soluções afinal já bem assentes⁵⁶ como as próprias disposições da Carta são afinal bem claras quanto ao seu carácter não inovatório⁵⁷. E que mesmo nos preceitos desta se notam algumas limitações se confrontarmos a sua actual versão com a inicial, proclamada em Nice⁵⁸.

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 desta⁵⁹, o que poderá ter consequências no teor do diálogo a desenvolver futuramente por este órgão jurisdicional com os Tribunais Constitucionais nacionais. E, por outro lado, é o carácter de tribunal constitucional do Tribunal de Justiça⁶⁰, no seio do ordenamento comunitário⁶¹, 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.

⁵⁶ Assim, por exemplo, Benedetto Conforti, “La situazione costituzionale italiana in relazione all’Unione Europea e al Diritto Internazionale”, in *Lo Stato della Costituzione italiana e l’ avvio della Costituzione Europea*, Roma, 2003, Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 167-175, a p. 176, e, entre nós, José de Matos Correia, “*Much ado about nothing*. O artigo 10º, nº 1 do Projecto de Tratado que estabelece uma “Constituição para a Europa””, 1 *Relações Internacionais* (2004), pp. 69-81. No sentido de que tal se não pode sem mais afirmar cfr. *supra*, a situação referida na nota 33.

⁵⁷ Nestes termos, o número 2 do artigo II-111º, 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”. Sobre o alcance desta disposição, cfr. Paloma Biglino Campos, “Derechos fundamentales y competencias de la Unión; el argumento de Hamilton”, 7 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), nº 14, pp. 45-68.

⁵⁸ Assim, por exemplo, o novo número 5 do artigo II-112º da Carta (citado *supra*, em texto, no número 9), que não constava do texto original.

⁵⁹ Sobre a problemática mais geral da legitimação do poder da União, veja-se, recentemente, Wolfgang Bruckmann, *Die grundgesetzlichen Anforderungen na die Legitimation der Europäischen Unionsgewalt*, Frankfurt am Main, 2003, Peter Lang.

⁶⁰ 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 the Hon. Mr. Justice T. F. O’Higgins* (editado por Deirdre Curtin e David O’Keeffe), Londres, 1992, Butterworths, pp. 25-32.

⁶¹ Pondo em causa esta natureza, veja-se por exemplo Louis Favoreu, “I garanti dei diritti fondamentali europei” (*cit. supra*, nota 47), p. 252, que sublinha não possuir o Tribunal de Justiça nem a estrutura nem a composição de um tribunal constitucional. Em sentido contrário, e expressivamente, veja-se entre nós, e por último, o estudo de Ana Maria Guerra Martins, “O Tribunal de Justiça como garante da Constituição Europeia”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes (cit. supra*, nota 53), pp. 761-792.

Não se nos afigura, contudo, que o alcance concreto desta actividade possa vir a desequilibrar de forma significativa, ao menos num futuro próximo, os termos da partilha de competências neste momento existente entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Constitucionais nacionais. Desde logo, recorde-se que o acesso ao pretório na jurisdição comunitária continua significativamente limitado, mesmo se atentarmos no alargamento que acima⁶² mencionámos e que é proposto no Tratado. 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 Nice⁶³ -- o que também depõe no sentido da dificuldade de verificação de significativas alterações neste domínio. Por outro lado, sublinhe-se que a competência do Tribunal de Justiça na interpretação dos direitos consagrados na Carta que agora constitui a Parte II do Tratado apenas poderá ter influência directa na actuação dos Tribunais Constitucionais nos casos em que estes controlem violações dos direitos fundamentais imputáveis aos Estados-Membros *quando estes*

⁶² *Supra*, nº 8 e nota 40. Sobre o ponto, cfr. ainda Antonio Tizzano, "La "Costituzione Europea" e il sistema giurisdizionale comunitario", *Il Diritto dell' Unione Europea*, 2-3/2003, pp. 455-479.

⁶³ 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, Ricardo Alonso Garcia, "El Tratado de Niza y la nueva arquitectura judicial de la Unión Europea", in *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, 2003, Lerner, p. 1499-1512, Stefano Boni, "Verso una nuova ripartizione di competenza tra i giudici di Lussemburgo?", *Il Diritto dell' Unione Europea*, 1/2002, pp. 153-175, Georges Vandensanden, "Le système juridictionnel communautaire après Nice", 38 *Cahiers de Droit Européen* (2003), pp. 3-15, Bo Vesterdorf, "The Community court system ten years from now and beyond: challenges and possibilities", 28 *European Law Review* (2003), pp. 303-323, e Antonio Tizzano, "La Cour de justice après Nice: le transfert de compétences au Tribunal de première instance", *ibidem*, 4/2002, pp. 597-619.. 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 Tratado faz depender a adaptação do sistema jurisdicional comunitário às suas novas tarefas pois que poucas são as notas que nele encontramos a este propósito: para além da já citada (*supra*, nota 41) possibilidade de criação, por lei europeia, de novos tribunais especializados, saliente-se a prescrição do (novo) número 4 do artigo III-369º, em matéria de reenvio prejudicial, nos termos do qual "se uma questão [de interpretação ou de validade de um acto comunitário] for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa se encontra detida, o Tribunal de Justiça pronunciar-se-á com a maior brevidade possível" (Para os termos em que o Tratado configura a problemática jurisdicional da União, cfr. José Manuel Sobrino Heredia, "El sistema jurisdicional en el proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea", 7 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), nº 16, pp. 993-1040). Como primeira concretização da aludida reforma, recorde-se que foi recentemente instituído (pela Decisão do Conselho 2004/752, de 2 de Novembro de 2004, in *JOUE*, L, 333, de 9 de Novembro de 2004, pp. 7-11) o Tribunal da Função Pública da União Europeia, adstrito ao Tribunal de Primeira Instância, e que exercerá "em primeira instância a competência para decidir dos litígios entre as Comunidades e os seus agentes por força do artigo 236º do Tratado CE e do artigo 152º do Tratado CEEA, incluindo os litígios entre qualquer órgão ou organismo e o seu pessoal, relativamente aos quais seja atribuída competência ao Tribunal de Justiça" (artigo 1º do Anexo I aditado ao protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça pelo artigo 2º daquela decisão). O que dizemos em texto afigura-se tanto mais correcto quanto o reforço da protecção dos direitos fundamentais no quadro da União tem naturalmente de se apresentar como uma consequência do desenvolvimento do espaço de liberdade, de segurança e de justiça a que actualmente se assiste. Sobre o ponto, cfr. António Vitorino, "Perspectivas de futuro para a União Europeia: desenvolver o espaço de liberdade, de segurança e justiça e reforçar a tutela dos direitos fundamentais", in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa* (op. cit. *supra*, nota 12), pp. 985-1008.

apliquem o direito da União. Fora destes casos, isto é, quando a actividade estadual se continue a desenrolar em obediência a preceitos de fonte estadual, a Carta não vincula directamente⁶⁴ os Estados-Membros (artigo II-111º, número 1), desenrolando-se pois a actividade das suas instâncias judiciais num espaço em que, em matéria de protecção dos direitos fundamentais, os parâmetros a respeitar são afinal constituídos pelas regras e princípios constitucionalmente acolhidos e por aqueles comandos que, em conformidade com estes, hajam sido recebidos no ordenamento nacional. O que não implica uma desvalorização da importância do círculo de matérias em que a aplicação do direito da União possa ter lugar, por parte dos Estados-Membros, atento designadamente o possível desenvolvimento de leis ou leis-quadro europeias, por exemplo em matéria de proibição ou de combate a várias formas de discriminação, no exercício da competência hoje consagrada nos artigos III-123º e III-124º do Tratado.

Em tais casos, a entrada em vigor do Tratado não deixará de vincular os Estados-Membros, nos distintos planos em que a sua actuação se pode desenvolver, e portanto também no plano jurisdicional, na diversidade de instâncias que este conhece, ao respeito dos direitos consagrados na Carta, entendidos estes nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, dada a competência que a este é reconhecida no artigo III-369º. O que naturalmente aconselha a articulação da actuação respectiva dos órgãos jurisdicionais nacionais e comunitários a este propósito.

11. Afigura-se-nos assim que se o Tratado permite a consolidação do papel até hoje desempenhado pelo Tribunal de Justiça ele não autoriza a crer, no momento actual, que esse 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 I-9º no sentido de adesão da União 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 comunitária⁶⁵ e requerido

⁶⁴ Dizemos directamente, porque não só ela continua a representar, mesmo nestes casos, uma fonte indirecta de inspiração, para os tribunais nacionais no seu conjunto, na interpretação do sentido e alcance dos direitos constitucionalmente garantidos na respectiva ordem jurídica, como estes podem entender que os seus próprios princípios constitucionais (designadamente o da não-discriminação) exigem em certos casos a extensão da tutela proporcionada pelos direitos reconhecidos na Carta em situações em que os Estados apliquem o direito comunitário a outras situações, reguladas estas agora pelo direito nacional, em que a tutela proporcionada pelos sistemas nacionais de protecção seja eventualmente de grau inferior. Mas, em tal caso, já se não poderá falar de qualquer *vis* applicativa autónoma do direito da União (e portanto dos preceitos da Carta), decorrendo antes uma tal tomada em consideração dos níveis de protecção nesta oferecidos de princípios e considerações sediados no direito constitucional nacional; pelo que só mediatamente os cânones interpretativos desenvolvidos pelo juiz comunitário virão aqui a ser tomados em conta.

⁶⁵ Vejam-se por exemplo as espécies jurisprudenciais que comentámos em “Public policy in the framework of the Brussels Convention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice”, 2 *Yearbook of Private International Law* (2000), p. 25-39. E, numa perspectiva mais geral, cfr. os estudos de Susana Sanz Caballero, “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, 5 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), nº 10, pp. 473-513, “Interferencias entre el derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales

em maior grau pelo número 3 do artigo II-112º do Tratado⁶⁶, 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 subsidiariedade⁶⁷ quer a própria impossibilidade de a jurisdição comunitária ir muito mais longe neste domínio. Diálogo este que não deixará de marcar o futuro próximo⁶⁸ 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 prejudicial⁶⁹.

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 significativo⁷⁰. Para além disso, cremos igualmente que a própria eficácia da protecção dos direitos fundamentais no seio da União Europeia dificilmente poderia dispensar um tal diálogo, cuja importância decorre afinal do reconhecimento da particular sensibilidade na aplicação dos direitos fundamentais adquirida pelos Tribunais Constitucionais, sensibilidade a que segundo alguns não é decerto alheio o processo de designação dos seus componentes⁷¹.

RUI MANUEL MOURA RAMOS

em Europa?)", 8 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2004), nº 17, pp. 117-158, e entre nós, o trabalho de Maria Luísa Duarte, "O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – Uma defesa do "triângulo judicial europeu"", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes* (cit. supra, nota 53), pp. 735-760.

⁶⁶ Sobre o conteúdo e o enquadramento deste preceito, cfr. supra, nº 9.

⁶⁷ Sobre o protocolo relativo à aplicação deste princípio, cfr. o que dizemos supra, na nota 31.

⁶⁸ Assim também já Olivier Dord, "Systèmes juridiques nationaux et Cours Européennes: de l'affrontement à la complémentarité?", in *Pouvoirs*, nº 96 (Les Cours Européennes. Luxembourg et Strasbourg), p. 518.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Cf. neste sentido igualmente as observações dos autores referidos na nota anterior.

⁷¹ Assim também Louis Favoreau, "I garanti di diritti fondamentali europei" (cit. supra, nota 47), p. 252.