

Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade

2022 · Volume I

Organização

Pedro Machete

Gonçalo de Almeida Ribeiro

Mariana Canotilho

Colaboração

Cláudia Saavedra Pinto



**ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CONSELHEIRO
PRESIDENTE MANUEL DA COSTA ANDRADE**

ORGANIZAÇÃO

Pedro Machete, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Mariana Canotilho

COLABORAÇÃO

Cláudia Saavedra Pinto

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Avenida Emídio Navarro, 81, 3D

3000-151 Coimbra

Tel.: 239 851 904 • Fax: 239 851 901

www.almedina.net • editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Janeiro, 2023

DEPÓSITO LEGAL

O conteúdo desta publicação é da exclusiva responsabilidade dos seus autores. Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



ALMEDINA

GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CONSELHEIRO PRESIDENTE
MANUEL DA COSTA ANDRADE. Vol. I. / org. Pedro Machete, Gonçalo
de Almeida Ribeiro, Mariana Canotilho. – (Estudos em homenagem)
ISBN 978-989-40-0955-9
I – MACHETE, Pedro, 1965-
II – RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, 1983
III – CANOTILHO, Mariana, 1979-

A relevância da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na fiscalização da constitucionalidade de normas nacionais*

AFONSO PATRÃO**

I. Introdução: identificação do problema

1. Se for solicitada ao Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade de normas *nacionais* que se revelem incompatíveis com regras de direito da União Europeia a que o Estado esteja vinculado, põe-se a questão de saber quais as consequências que daí advêm. Designadamente, importa apurar que conduta deve o Tribunal Constitucional adoptar se as normas *nacionais* a fiscalizar se revelarem contrárias à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e se encontrarem dentro do seu domínio de aplicação. *Maxime*, se deve proferir um juízo de inconstitucionalidade quando as normas fiscalizadas afrontem a CDFUE.

A Carta corporiza um catálogo de direitos fundamentais, redigido à imagem dos textos constitucionais nacionais, que vincula a *própria União Europeia*, garantindo que a cedência de competências estaduais às instituições comunitárias não conduz à diminuição da tutela jusfundamental dos cidadãos¹. Simplesmente, em virtude do princípio da administração indirecta, não é – em regra – a

* Homenagear o Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade é, fatidicamente, ficar aquém. Todos quantos têm o privilégio de com ele privar encontram-lhe a grandeza. Que é evidente sobretudo nas pequenas coisas, como o sorriso bondoso e franco; nos conselhos certos e dedicados; na generosidade com que partilha a sua sabedoria, seja de filosofia, direito, futebol ou da vida. No dom que sente quem beneficia da sua amizade.

A merecida homenagem que o Tribunal lhe presta não salda, pois, a dívida de gratidão que todos lhe têm. Seguramente, não atenua a minha.

** Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional.

¹ Cfr. n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia (TUE) e n.º 1 do artigo 51.º da CDFUE. Vide MARIANA CANOTILHO, *O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais*, Coimbra, 2008, p. 139; A. SOFIA PINTO DE OLIVEIRA, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Principia, Lisboa, 2018, p. 20; ANTÓNIO VITORINO, *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*, Principia, S. João do Estoril, 2002, p. 24.

União Europeia a executar os seus próprios actos, cabendo tal tarefa às autoridades nacionais². Por essa razão, a CDFUE vincula também os Estados-Membros *quando apliquem direito da União Europeia* (artigo 51.º CDFUE)³.

Neste contexto – tendo em conta que a CDFUE (enquanto direito primário da União Europeia) é *parâmetro de validade do direito europeu derivado* (i)⁴ e que

² Cfr. art. 291.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Cfr. STEVE PEERS E MARIOS COSTA, “Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon”, *European Law Journal*, vol. 18, n.º 3, 2012, 427-460, p. 441; DAVIDE PARIS, “Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, n.º 6, 2017, 792-821, p. 793; JOANA MENDES, “Delegated and Implementing Rule Making: Proceduralisation and Constitutional Design”, *European Law Journal*, vol. 19, n.º 1, 2013, pp. 22-41, p. 29.

³ A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) permite identificar três situações que correspondem ao pressuposto de aplicação da Carta aos Estados-Membros «quando apliquem o direito da União» (art. 51.º CDFUE): a actuação dos Estados como agentes da União, efectivando as suas normas – designadamente, transpondo directivas (i); a acção dos Estados em domínios em que as regras comunitárias conferem às autoridades nacionais margem de apreciação, *v. g.* admitindo derrogações às normas de fonte europeia (ii); actividade legiferante nacional em domínios que são já objecto de regulação comunitária (iii). No fundo, na síntese de MARIANA CANOTILHO, «os Estados-Membros deverão respeitar as disposições de direito comunitário relativas a direitos fundamentais, não só quando apliquem ou implementem normas provenientes desse ordenamento, mas também sempre que recusem a sua aplicação ou as derroguem, com fundamento numa excepção» (cfr. *O princípio... cit.*, p. 140). Neste sentido, cfr. KOEN LENAERTS, “Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n.º 3, 2012, 375-403, pp. 378, 380 e 385; MAARTJE DE VISSER, “National Constitutional Courts, the Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in a Post-Charter Landscape”, *Human Rights Review*, vol. 15, n.º 1, 2014, 39-51, p. 45; A. SOFIA PINTO DE OLIVEIRA, *A Carta... cit.*, pp. 34 e 40; DANIEL SARMIENTO, “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 50, n.º 5, 2013, 1267-1304, p. 1276.

⁴ Cfr. artigo 6.º do Tratado da União Europeia (TUE). *Vide* MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência, 9.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 271 (“O direito originário afirma-se explicitamente como o parâmetro de validade normativa de todo o direito derivado: o direito criado pelos órgãos da União Europeia”); JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, 3.ª Edição, Gestlegal, Coimbra, 2018, p. 207; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual de Direito Europeu*, O sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia, 7.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 287; AFONSO PATRÃO, “O Direito Derivado da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa”, *Temas de Integração*, n.º 26, 2008, pp. 139-167, p. 141; GUY ISAAC E MARC BLANQUET, *Droit communautaire général*, 8e édition, Paris : A. Colin : Dalloz, Paris, 2001, p. 147; DENYS SIMON, *Le système juridique communautaire*, Droit international et communautaire, 3e éd. mise à jour., Presses universitaires de France, Paris, 2001, p. 309; JOHN TILLOTSON E NIGEL G. FOSTER, *Text, cases, and materials on European Union law*, 4th edition, Cavendish Pub., London ; Portland, Or., 2003, p. 67;

vincula o Estado *quando aplica direito da União* (ii) – importa saber qual o efeito jurídico da Carta na fiscalização da constitucionalidade. Concretamente, se deve o Tribunal Constitucional proferir um juízo de inconstitucionalidade de normas nacionais contrárias a regras da Carta; ou, se assim não for, qual a relevância que deve ser atribuída à Carta na fiscalização da sua constitucionalidade.

II. O princípio da autonomia e o primado do direito da UE

2. Lê-se na Constituição que a aplicação do direito da União Europeia na ordem interna é feita «*nos termos definidos pelo Direito da União*». Sob ressalva da parte final do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, é o direito da União Europeia a determinar o seu modo de relacionamento com a ordem jurídica nacional⁵, já que a ordem jurídica europeia «*chamou a si a autoridade para estabelecer o estatuto desse relacionamento*»⁶. Nessa medida, as consequências da colisão de normas nacionais com regras de direito da União Europeia devem procurar-se, em primeira linha, na própria ordem jurídica comunitária.

Ora, o direito da União Europeia, mesmo quando integrado na ordem interna, conserva a sua *autonomia*, concretizada na previsão de mecanismos próprios de interpretação, controlo e garantia de aplicação⁷. Consequentemente, nem a ordem jurídica nacional é derogada pelas normas europeias; nem a

ROLAND BIEBER E ISABELLE SALOMÉ, “Hierarchy of norms in European law”, *Common Market Law Review*, vol. 33, n.º 5, 1996, 909-932, p. 913.

⁵ Cfr. n.º 4 do artigo 8.º da Constituição. A norma constitucional recebe a aplicação do direito europeu como determinada *por ele próprio*, sem fazer uma opção dogmática quanto ao relacionamento das ordens jurídicas. Na verdade, a disposição tanto pode ser fundada em uma concepção monista, acolhendo o modo de relacionamento postulado por aquela ordem jurídica; como assentar em uma compreensão dualista, já que é a própria Constituição nacional que autoriza, e de modo condicionado, a força normativa interna do direito da União Europeia.

⁶ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “As Comunidades Europeias – Enquadramento Normativo-institucional”, *Das Comunidades à União Europeia – Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 7-102, p. 101.

⁷ Cfr. PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado do Direito da UE”, *Enciclopédia da União Europeia*, ed. ANA PAULA BRANDÃO, et al., Petrony, Lisboa, 2017, pp. 339-342, p. 340 (“*À luz deste princípio, a ordem jurídica da UE é entendida, em função das suas características próprias, como uma ordem jurídica especial, diferente, e por isso independente quer do direito dos Estados-Membros, quer do direito internacional geral*”); GUY ISAAC E MARC BLANQUET, *Droit communautaire...*, cit., p. 143; ANTÓNIO GOUCHA SOARES, “Os princípios gerais de direito na ordem jurídica comunitária”, *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, ed. RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 757-778, p. 775; JOHN TILLOTSON E NIGEL G. FOSTER, *Text, cases...*, cit., p. 78; JOSEPHINE STEINER, et al., *EU law*, 9th Edition, Oxford University Press, Oxford; New York, 2006, p. 72.

ordem jurídica comunitária é, em princípio, atingida na sua validade se contradisser regras de uma dada Constituição nacional.

Este *princípio da autonomia do direito da União Europeia* tem reflexos *quer* na identificação do aparelho jurisdicional responsável pela apreciação da validade das suas normas; *quer* nas consequências assacáveis a um conflito normativo entre regras provenientes das ordens jurídicas *autónomas*.

3. Quanto à competência jurisdicional, a autonomia do direito da União implica a atribuição ao Tribunal de Justiça da apreciação da validade do direito europeu⁸ por referência *aos seus próprios parâmetros* – não ficando as normas comunitárias feridas de invalidade se contrariarem disposições de direito interno (mesmo constitucional)⁹. O que se compreende, já que a sua tendencial imunidade ao controlo de constitucionalidade é a única solução capaz de garantir a uniformidade de aplicação do direito da União Europeia¹⁰. Foi, no fundo, o

⁸ Com efeito, por força do princípio da autonomia, é o Tribunal de Justiça o órgão competente para apreciar a invalidade do direito europeu, por referência aos seus próprios parâmetros (cfr. Acórdão TJUE de 22 de Outubro de 1987, *Foto-Frost*, proc. 314/85, n.º 15; Acórdão TJUE de 6 de Outubro de 2015, *Schrems*, proc. C-362/14, n.º 61). Cfr. DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 793; MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 103 e 464; PAOLO MENGGOZZI, “A European partnership of courts. Judicial dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. I, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2016, pp. 827-845, p. 840.

⁹ Acórdão de 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11/70, n.º 3: «O recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado».

Deste modo, «a invocação quer de ofensas aos direitos fundamentais consagrados nas constituições nacionais, quer de princípios estruturantes da constituição nacional não podem afetar a validade ou eficácia de uma norma ou de um ato da União» (cfr. PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado do Direito da União”, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, ed. SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 41-91, p. 79).

¹⁰ Cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, *Sovereignty in Transition*, ed. NEIL WALKER, Hart Publishing, London, 2003, 501-538, p. 534 («the claim for uniform application of EU law is safeguarded by the national constitutional courts’

que Tribunal Constitucional reconheceu no Acórdão n.º 422/2020, declarando não lhe caber, em princípio, aferir da conformidade constitucional de normas organicamente europeias¹¹.

Do mesmo passo, e simetricamente, cabe aos tribunais nacionais (incluindo o Tribunal Constitucional) o controlo da validade (material, formal e orgânica) do direito interno, mesmo quando o seu conteúdo simplesmente dê guarida a obrigações decorrentes do direito da União Europeia. Na verdade, estando o Tribunal de Justiça desprovido de cariz federal, os mecanismos jurisdicionais de controlo normativo do Juiz comunitário são restritos aos actos *organicamente europeus*¹².

4. Outra das vertentes do princípio da autonomia é a circunstância de, nas relações entre direito europeu e direito nacional, se ter renunciado «*ao paradigma da pirâmide*»: um eventual conflito normativo não provoca a nulidade ou revogação das normas nacionais, adoptando-se «*o paradigma da rede, onde nenhum ponto é privilegiado em relação a outro, e nenhum está inequivocamente subordinado a outro*»¹³.

explicit or implicit recognition that they will not review the validity of specific EU legal acts in light of national constitutional law»), razão pela qual se aceita uma certa imunidade das normas europeias directamente aplicáveis à fiscalização da constitucionalidade (DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 793; MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, pp. 559-560). Sobre os casos em que poderá pôr-se em causa este modelo, cfr. o nosso estudo AFONSO PATRÃO E MARIANA CANOTILHO, “A admissibilidade dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas de Regulamentos da União Europeia”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Vol. I, Almedina, Lisboa, 2019, 11-38, pp. 30ss.

¹¹ Assim concluiu o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 422/2020: «*Uma outra perspectiva menos exigente banalizaria a intervenção do Tribunal Constitucional, num quadro onde a mesma foi constitucionalmente configurada muito restritivamente, e – consequência não menos constitucionalmente indesejada –, em aberto desafio à aceitação da projecção do DUE na ordem interna nos termos pelo próprio definidos, criaria um mecanismo interno, de fácil activação, onde a constante discussão deste, à margem e em aberto desafio aos seus próprios termos, originaria um sistema nacional espúrio, sem qualquer respaldo no quadro constitucional de interacção entre as ordens jurídicas nacional e europeia*».

¹² Cfr. artigos 263.º e alínea b) do primeiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, *cit.*, p. 415; VITAL MOREIRA, “A CRP e a União Europeia”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. I, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2016, pp. 869-926, p. 913.

¹³ NUNO PIÇARRA, “A justiça constitucional da União Europeia”, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 467-501, p. 479. Trata-se de «*mais uma novidade que há que assacar à originalidade da construção comunitária*».

Com efeito, *nos termos definidos pelo Direito da União* – e com uma formulação repetidamente utilizada desde o Acórdão *Simmenthal* –, a contradição entre normas europeias e nacionais simultaneamente mobilizáveis é solucionada no plano da *eficácia*, provocando a *desaplicação* ao caso concreto das regras nacionais, sem que estas percam a sua validade¹⁴. E, nos termos como o direito da União Europeia o define, a desaplicação impõe-se independentemente da fonte das normas conflitantes: *quer* a norma europeia conste de direito originário (como a CDFUE) ou derivado (como uma directiva ou um regulamento); *quer* a norma nacional conste de acto regulamentar, de acto legislativo ou mesmo da Constituição¹⁵.

e à autonomia com que no seu interior é organizado, face aos moldes tradicionalmente conhecidos, o relacionamento entre sistemas jurídicos diferentes» – RUI MOURA RAMOS, *Reenvio Prejudicial e Relacionamento entre Ordens Jurídicas na Construção Comunitária*, Das Comunidades à União Europeia – Estudos de Direito Comunitário, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 231. No mesmo sentido, cfr. MICHAEL DOUGAN, “Primacy and the remedy of disapplication”, *Common Market Law Review*, vol. 56, n.º 6, 2019, pp. 1459-1507, p. 1460.

¹⁴ Acórdão do TJ de 15.07.1964, *Costa c. ENEL*, proc. 6/64; Acórdão do TJ de 9.3.1978, *Simmenthal*, proc. 106/77, n.º 17 («qualquer juiz nacional tem o dever de, no âmbito das suas competências, aplicar integralmente o direito comunitário e proteger os direitos que este confere aos particulares, considerando inaplicável qualquer disposição eventualmente contrária de direito interno, quer seja esta anterior ou posterior à norma comunitária»); Acórdão do TJ de 05.10.2010, *Elchinov*, proc. C-173/09, n.º 31 («o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições do direito da União tem a obrigação de garantir a plena eficácia dessas disposições, não aplicando, se necessário e pela sua própria autoridade, qualquer disposição contrária da legislação nacional»); Acórdão do TJ de 19.11.2009, *Krzysztof Filipiak*, proc. C-314-08, n.º 82 («Em virtude do princípio do primado do direito comunitário, o conflito entre uma disposição da lei nacional e uma disposição do Tratado directamente aplicável é resolvido, por um órgão jurisdicional nacional, pela aplicação do direito comunitário, não aplicando, se necessário, a disposição nacional contrária, e não pela declaração da nulidade da disposição nacional», acrescentando-se que «a incompatibilidade com o direito comunitário de uma norma de direito nacional posterior não acarreta a inexistência dessa norma. Face a tal situação, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a não aplicar essa norma» (n.º 83) [sublinhados aditados]. Se a grande maioria dos arestos utiliza a expressão “*não aplicar*”, em outras decisões pode encontrar-se a terminologia “*afastar a aplicação*” (Acórdão de 19.06.1990, *Factortame*, proc. C-213/89, n.º 23).

¹⁵ Deste modo, beneficiam de primazia aplicativa *quaisquer* normas de direito da União Europeia, independentemente de constarem de Tratados (v. g. Acórdãos do TJ de 4.02.1988, *Murphy v. Bord Telecom Eireann*, proc. 157/86, n.º 11; e de 6.09.2012, *Philips Electronics*, proc. C-18/11, n.º 40), da CDFUE (Acórdão de 20.12.2017 *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, Case C-664/15) ou de actos de direito derivado (Acórdão de 06.03.2014, *Napoli*, proc. C-595/12). Este primado existe sobre *todo* o direito nacional, declarando o Tribunal de Justiça a sua preferência aplicativa também quanto a normas com fonte constitucional (Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11/70, n.º 3).

O primado do direito da União Europeia – que encontra a sua raiz na *efetividade* ou *efeito útil* da ordem jurídica europeia¹⁶ – é, assim., entendido como «*regra de colisão reconduzível à aplicação preferente do direito europeu (pre-emption, Vorrangsanwendung) e não como uma estrita regra de supremacia normativa eventualmente conducente à invalidade do direito interno*»¹⁷. A *desaplicação* constitui, em qualquer

¹⁶ Cfr. BRUNO DE WITTE, “Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order”, *The Evolution of EU Law*, 3.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 187-227, p. 192; MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, cit., p. 132.

¹⁷ J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 266. Cfr. acórdãos do Tribunal de Justiça citados na nota n.º 14, com especial clareza no Acórdão do TJ de 19.11.2009, *Krzysztof Filipiak*, proc. C-314-08, n.ºs 82 e 83.

Vide BRUNO DE WITTE, “Direct effect...”, cit., p. 206 («*there remains a distinction between invalidity and non-application, and the Court of Justice only requires the latter*») e p. 208; MICHAEL DOUGAN, “Primacy...”, cit., p. 1463 («*the basic mechanism by which primacy resolves any direct and actionable conflict of norms is indeed through the practical disapplication of the relevant national measures. In particular, the principle of primacy does not have the effect of rendering incompatible national measures void or otherwise requiring such acts to be treated as invalid as a matter of either Union or domestic law*») e p. 1466 («*the principle of primacy is virtually inseparable, if not altogether indistinguishable, from its remedy of disapplication*»); JOSEPHINE STEINER, et al., *EU Law*, cit., cit., p. 75 («*The finding that a provision of national law is ‘inapplicable’ because of its incompatibility with Community law does not, however, result on its annulment, or even prevent its application in situations falling outside the scope of Community law*»); MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões e pré-compreensões sobre o primado na aplicação do direito da União: breves notas jurídico-constitucionais relativamente ao Tratado de Lisboa”, *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves – Studia Iuridica n.º 91*, Vol. III, ed. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, JOAQUIM GOMES CANOTILHO E JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, Coimbra Editora – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 317-371, p. 321; MARIANA CANOTILHO, *O princípio...*, cit., pp. 82 e 177; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 317; MIGUEL POIARES MADURO, “O superavit democrático europeu”, *Análise Social*, 36, 158/159, 2001, 119-152, p. 145; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição”, *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, 1995, 665-715, pp. 701-702; DIOGO FREITAS DO AMARAL E NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma «evolução na continuidade»”, *Revista de Direito Público*, N.º 1, 2009, pp. 9-56, pp. 33 e 64-66; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *O Princípio do Primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-Membros*, Principia, Cascais, 2006, p. 22.

Foi por esta razão que o Tribunal Constitucional espanhol dissociou os conceitos de *primado* e *supremacia*, na Declaração n.º 1/2004, de 13 de Dezembro de 2004: “*La proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. 1-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución. Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia,*

caso, uma solução de *ultima ratio*¹⁸, ocorrendo apenas perante conflito não solucionável através de uma interpretação conforme ao direito da UE¹⁹, só quando a norma europeia *possa ser mobilizável ao caso concreto* – produzindo efeito directo²⁰

pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos”.

¹⁸ Cfr. MICHAEL DOUGAN, “Primacy...”, *cit.*, p. 1462: «*the Court insists that primacy and disapplication should be treated only as a legal tool of last resort*». O que é condicente com a ideia segundo a qual «*prior to disapplying a domestic provision as contrary to EU law, national courts are obliged to ask the CJEU for a preliminary ruling*» (CLELIA LACCHI, “Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU”, *German Law Journal*, vol. 16, n.º 6, 2015, 1663-1700, p. 1676).

¹⁹ É sabido que a *interpretação conforme* tem precedência sobre a actuação do primado: caso seja possível eliminar o conflito normativo pela atribuição às normas nacionais de um sentido compatível com as regras europeias, não se determina a desaplicação das primeiras. Cfr. Acórdão de 24.01.2012, *Maribel Dominguez*, proc. 282/10, n.º 23 («*Importa começar por assinalar que a questão de saber se uma disposição nacional, na medida em que seja contrária ao direito da União, deve deixar de ser aplicada só se coloca se uma interpretação conforme desta disposição não for possível*»); Acórdão de 11.01.2007, *ITC*, proc. C-208/05, n.º 69; Acórdão de 24.05.2012, *Amia*, proc. C-97/11, n.º 27; Acórdão de 9.10.2013, *Spedition Welter*, proc. C-306/12, n.º 28; Acórdão do TJUE de 19.06.2019, *Poplawski*, proc. 573/17, n.ºs 57 e 58. Sobre o princípio da interpretação conforme, *vide* o que dizemos *infra*, capítulo V.

²⁰ Trata-se de uma exigência que remonta às origens da construção do princípio do primado, constantemente reafirmada pela jurisprudência europeia. Cfr. Acórdão do TJUE de 19.06.2019, *Poplawski*, proc. 573/17, n.º 68: «*a obrigação que incumbe a um órgão jurisdicional nacional de deixar de aplicar uma disposição do seu direito interno contrária a uma disposição do direito da União, embora decorra do primado reconhecido a esta última disposição, está, no entanto, condicionada pelo efeito directo da referida disposição no litígio sobre o qual esse órgão jurisdicional é chamado a pronunciar-se. Por conseguinte, um órgão jurisdicional nacional não está obrigado, com fundamento unicamente no direito da União, a deixar de aplicar uma disposição do seu direito nacional contrária a uma disposição do direito da União, se esta última disposição não tiver efeito directo*» [sublinhado aditado]. Se assim não for, mantém-se a aplicação do direito nacional, sendo o interessado tutelado através dos demais mecanismos de efectividade do direito da União – como a responsabilidade do Estado e o processo por incumprimento: «*if the relevant provisions of Union law fail to cross the threshold of cognizability required for direct effect, national law will retain*

– e na estrita medida da incompatibilidade com a norma europeia²¹. Em consequência, o destinatário do primado é o *juiz nacional*²², a quem compete garantir o seu efeito jurídico.

Nessa medida, o efeito da colisão com direito primário da União Europeia (como a CDFUE) é distinto para as normas *organicamente europeias* (i. e., adopta-

its domestic priority (regardless of any abstract state of incompatibility with Union law).¹⁴ The only remaining avenue of legal redress for disappointed intended beneficiaries of the relevant Union provisions is to seek reparation from the Member State pursuant to the Francovich case law» (MICHAEL DOUGAN, “Primacy...”, *cit.*, p. 1463). Cfr. também KOEN LENAERTS E TIM CORTHAUT, “Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law”, *European Law Review*, n.º 3, 2006, 287-315, p. 290.

²¹ Atenta a matriz de *efectividade* que subjaz ao princípio do primado, o dever de desaplicação fica restrito ao limitado âmbito da incompatibilidade normativa. Nessa medida, a norma nacional *pode ser aplicada* fora do domínio de influência do direito da UE; e cessa o dever de desaplicação se a regra europeia incompatível for, entretanto, revogada. Cfr. BRUNO DE WITTE, “Direct effect...”, *cit.*, p. 206; MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, p. 455; ROBERT SCHÜTZE, “Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community pre-emption”, *Common Market Law Review*, vol. 43, n.º 4, 2006, 1023-1048, p. 1032; MICHAEL DOUGAN, “Primacy...”, *cit.*, p. 1463.

²² Cfr. RUI MOURA RAMOS, *Reenvio...*, *cit.*, p. 230 («*incumbe ao juiz nacional, na sua qualidade de juiz comum de direito comunitário, assegurar o pleno efeito dos comandos desta ordem jurídica – o que envolve naturalmente a obrigação de não aplicar toda e qualquer norma, mesmo que posterior, do sistema nacional que seja contrária ao direito comunitário*»); PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado... (2013)”, *cit.*, p. 57 («*a desejável relação de cooperação entre tribunais nacionais e o TJUE marca a diferença entre o sistema da União e os sistemas federais, onde existem relações de verdadeira hierarquia entre o ordenamento federal e os ordenamentos federados. A divisão de tarefas subjacente ao mecanismo do reenvio prejudicial, e decorrente da desaplicação do direito da União ao caso concreto operada pelo juiz nacional, envolve e corresponsabiliza tribunais nacionais e tribunais da União no respeito pelos valores comuns e direitos fundamentais dos cidadãos europeus*»); MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, *cit.*, p. 321; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, p. 517; MIGUEL POIARES MADURO, “O superavit...”, *cit.*, p. 145. Trata-se, de resto, de um *protagonismo* atribuído ao poder jurisdicional, no sistema normativo – como sublinha RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 116.

A enraizada expressão de que é o “juiz nacional” o destinatário do princípio do primado deve entender-se referida aos órgãos aplicadores do direito – e não apenas as autoridades judiciárias. Com efeito, o Tribunal de Justiça já concluiu que a obrigação de desaplicação se para a Administração e agências estaduais, *antes de qualquer intervenção judicial* – cfr. Acórdão de 22.06.1989, *Fratelli Costanzo*, proc. 103/88, n.º 33; Acórdão de 09.09.2003, *CIF*, proc. C-198/01, n.º 49; Acórdão de 12.01.2010, *Petersen*, proc. C-341/08, n.º 80; Acórdão de 14.10.2010, *Fuß*, proc. C-243/09, n.º 61; Acórdão de 04.12.2018, *Commissioner of An Garda*, proc. C-378/17, n.º 38. Cfr. MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, pp. 99 e 266.

das pelas instituições) e *organicamente nacionais*. As primeiras – que incorporam na ordem jurídica europeia – são feridas de invalidade, sendo por isso susceptíveis de anulação pelo Tribunal de Justiça da UE; as segundas são *desaplicadas* pelos órgãos nacionais, não sendo afectadas na sua validade²³.

5. Este modelo afasta-se do típico arquétipo federal²⁴, materializando uma das especificidades do processo de construção europeia.

Aliás, ao envolver a aceitação de que autoridades distintas – com diferentes fontes de legitimidade – exercem directamente poderes públicos num mesmo território, pode suscitar-se reflexão quanto à raiz dogmática deste modo de relacionamento entre as ordens jurídicas. Simplesmente, ainda que nos pareça que o modelo de integração europeia é integralmente explicável à luz de uma concepção *pluralista* do constitucionalismo²⁵, certo é que a produção do efeito jurídico

²³ KOEN LENAERTS, “Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, *European Constitutional Law Review*, 8, 3, 2012, 375-403, p. 376 («EU legislation found to be in breach of an Article of the Charter is to be held void and national law falling within the scope of EU law that contravenes the Charter must be set aside»).

²⁴ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, cit., p. 515 («O TJ recusou-se, portanto, a atribuir natureza federal ao primado do Direito da União, que teria determinado a nulidade, se não a inexistência jurídica, da norma estadual (“Bundesrecht bricht Landesrecht”, na expressão do Direito federal alemão, com consagração no já citado artigo 31.º da Constituição alemã»); PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado... (2013)”, cit., p. 66 («Ganha igualmente, aqui, sentido a afirmação segundo a qual o princípio do primado não (se) resolve (n)uma questão de hierarquia, não determinando a invalidade da norma inferior contrária à norma superior. Com efeito, a sanção infligida pelo TJUE à norma nacional contrária ao direito da União é a da sua mera «inaplicabilidade», ou seja, a sua não aplicação no caso concreto»); MICHAEL DOUGAN, “Primacy...”, cit., p. 1461 («the Court has since been clear and consistent in its understanding that the principle of primacy for Union law cannot and does not have the effect (for example) of suppressing the very existence or exercise of national competence, even to adopt rules which would be precluded by Union law»). Cfr., ainda, ROBERT SCHÜTZ, “Supremacy without...”, cit., p. 1029.

²⁵ Neste sentido, cfr. NEIL MACCORMICK, “Beyond the Sovereign State”, *The Modern Law Review*, vol. 56, n.º 1, 1993, 1-18, p. 8; id., “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, vol. 1, n.º 3, 1995, 259-266, p. 264; MIGUEL POIARES MADURO, “Three Claims of Constitutional Pluralism”, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, ed. MATEJ AVBELJ E JAN KOMÁREK, Hart Publishing, London, 2012, pp. 67-84, p. 68; NEIL WALKER, “Constitutional Pluralism Revisited”, *European Law Journal*, vol. 22, n.º 3, 2016, 333-355, pp. 334ss; id., “Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate”, *LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series*, 2009, disponível na internet via http://eprints.lse.ac.uk/53361/1/_Libfile_repository_Content_European%20Institute_LEQS%20Discussion%20Papers_LEQSPaper8Walker.pdf, consultado em 27.07.2022, p 19; MATTIAS KUMM, “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, vol. 11, n.º 3, 2005, 262-307, pp. 267-268; ARMIN VON BOGDANDY E STEPHAN W. SCHILL, “Overcoming abso-

do primado é igualmente compreensível tanto perante uma posição monista kelseniana (que explicaria a debilitação da regra interna por efeito da norma europeia), como de uma concepção dualista – que é conciliável com a aceitação e reconhecimento das pretensões de uma ordem jurídica não nacional²⁶.

6. É neste contexto que importa saber, sendo o Tribunal Constitucional chamado a apreciar a conformidade constitucional de normas *internas*, em que medida deve a sua contradição com o direito da União Europeia influir no juízo de constitucionalidade. Na verdade, se a antinomia entre normas nacionais e europeias não provoca a invalidade das primeiras (determinando-se a sua *desaplicação*), o direito da União Europeia terá necessariamente um efeito diverso para os tribunais ordinários – que aplicam o direito ao caso concreto – e para o Tribunal Constitucional, a quem compete atestar a conformidade de normas com a Constituição.

Os tribunais comuns – a quem se garante uma relação *directa* com o Tribunal de Justiça através do processo de reenvio prejudicial²⁷ –, perante normas nacionais e europeias simultaneamente invocáveis que se revelem incompatíveis,

lute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty”, *Common Market Law Review*, vol. 48, n.º 5, 2011, 1417-1453, p. 1420; KLEMEN JAKLIC, *Constitutional pluralism in the EU*, Oxford studies in European law, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 81; INGOLF PERNICE, “Multi-level Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?”, *Common Market Law Review*, vol. 36, n.º 4, 1999, 703-750, p. 707.

²⁶ Cfr. RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto...*, cit., p. 283: «é certo que o pluralismo jurídico atual não impede o estabelecimento de normas de reconhecimento, cooperação ou articulação, reconhecendo-se, pelo contrário, que no quadro de um novo pluralismo, a dimensão relacional assume um papel central, não é menos verdade que a visão dualista ou pluralista tradicional tão-pouco se opunha a uma tal afirmação, já se admitindo há muito que entre diferentes sistemas jurídicos pode haver relações de reconhecimento». O Autor duvida da novidade ou sequer autonomia das concepções pluralistas (p. 252ss).

²⁷ Na verdade, a referência no Acórdão *Simmenthal* (cit., nota n.º 14) n.º 24, segundo a qual «o juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, pela aplicação de disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional» [sublinhado aditado] tem justamente como fito atribuir aos tribunais ordinários o poder de fazer actuar o primado do direito europeu *sem quaisquer constrangimentos* – neste sentido, cfr. BRUNO DE WITTE, “Direct effect...”, cit., p. 205, e MARCO DANI, “National Constitutional Courts in supranational litigation: a contextual analysis”, *European Law Journal*, vol. 23, 2017, pp. 189-212, p. 194; JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, *Ab Vno ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1363-1380, p. 1369. Voltaremos *infra* a esta questão.

fazem actuar o princípio do primado do direito da União Europeia, exercendo o seu *dever de desaplicação* da norma nacional no caso concreto²⁸. Dever que lhes incumbe mesmo se o Tribunal Constitucional houver deferido para momento posterior os efeitos de inconstitucionalidade da norma incompatível com o direito da União, porquanto a ineficácia por incompatibilidade do direito da UE *não fica dependente* dos juízos das jurisdições nacionais²⁹.

Já o Tribunal Constitucional, porque é chamado a apreciar a validade de normas jurídicas, necessariamente reconhecerá *outro* papel ao direito da União Europeia, estando sempre vinculado a promover o seu *efeito útil*. Aliás, pode mesmo considerar-se que a efectivação do princípio do primado pelos tribunais comuns *dispensará* a intervenção dos Tribunais Constitucionais: se aqueles *desaplicam* as normas nacionais contraditórias com regras europeias, a efectividade do direito da UE fica garantida sem submeter a norma nacional à fiscalização

Sobre a *interacção* directa entre tribunais comuns e o TJUE, cfr. também VITAL MOREIRA, “A CRP e a União...”, *cit.*, p. 913;

²⁸ Cfr. MARIA HELENA BRITO, “Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em direito português”, *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 301-317, p. 312 (a «*competência para controlar a compatibilidade entre a norma interna e o direito comunitário pertence, assim, em princípio, aos tribunais comuns*» [sublinhado aditado]); DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 798 («*a conflict between domestic legislation and EU law does not amount to a conflict between a sub-constitutional law and the constitution, but only between two sub-constitutional norms. Solving this conflict is, in accordance with the principle of primacy, the business of ordinary courts. If needed, they can request the CJEU’s help through a preliminary reference*»); JAN KOMAREK, “National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A Rejoinder I-Con Debate”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n.º 3, 2017, 815-825, p. 825 («*The action must come from ordinary courts, which should be much more constrained in challenging the separation of both kinds of legality. This will ultimately preserve not only constitutional courts’ place in constitutional democracies, but also the authority of ordinary courts*»).

²⁹ Cfr., entre outros, Acórdão do TJ de 19.11.2009, *Krzysztof Filipiak*, proc. C-314/08, n.º 84 («*o adiamento, pelo Trybunał Konstytucyjny, da data em que as disposições controvertidas deixarão de ter força obrigatória não impede que o órgão jurisdicional de reenvio, em conformidade com o princípio do primado do direito comunitário, não aplique essas disposições, no âmbito do litígio que é chamado a decidir, se as considerar contrárias ao direito comunitário*»); Acórdão do TJ de 8.09.2010, *Winner Wetten*, proc. C-409/06, n.º 69 («*por força do primado do direito da União directamente aplicável, uma regulamentação nacional (...) não pode continuar a ser aplicada durante um período transitório*»); Acórdão TJUE de 5 de Abril de 2022, *Commissioner of An Garda Síochána*, proc. C-140/20, n.ºs 119-126 e 128. Cfr. MICHAL BOBEK, “The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts”, *Constitutional Conversations in Europe*, ed. MONICA CLAES, et al., Intersentia, 2012, 285-308, p. 295; JAN KOMAREK, “The Place of Constitutional Courts in the EU”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n.º 3, 2013, 420-450, p. 421; id., “National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n.º 3, 2014, 525-544, p. 527.

da constitucionalidade³⁰. É isso que justificará, de resto, as decisões das jurisdições constitucionais de *não apreciar* a compatibilidade de normas nacionais com regras europeias³¹ e que estará na base da relativa raridade de interação dos Tribunais Constitucionais com o Tribunal de Justiça³².

III. A tese da constitucionalização reflexa do direito da União e parametrização da validade do direito nacional por normas europeias

7. Ainda que o princípio do primado não envolva qualquer juízo quanto à validade das normas nacionais, nada obsta a que o sistema constitucional nacional perspetive a incompatibilidade do direito da União Europeia como um *vício de validade*, imputando-lhe a sanção de inconstitucionalidade. No fundo, se a *desaplicação* é o efeito determinado pela ordem jurídica comunitária para a antinomia com regras europeias, não se proíbe aos Estados-Membros que *invalidem* as normas nacionais contrárias a regras europeias³³.

Aliás, a recondução do direito da União Europeia a parâmetro de controlo da constitucionalidade envolveria uma vantagem de segurança jurídica e, porventura até, de *maximização* do efeito útil do direito da União Europeia: se o Tribu-

³⁰ Neste sentido, cfr. BRUNO DE WITTE, “Direct effect...”, *cit.*, p. 213 («By doing so, the constitutional courts allow the other courts to ensure compliance with EU law even when this involves setting aside an act of parliament, which ordinary courts would normally not be allowed to do in a system of centralized constitutional review»); DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 802 («according to the CJEU’s constant jurisprudence, the principle of primacy requires ordinary courts to set aside domestic laws that are inconsistent with EU law. Consequently, ordinary courts will never have to apply a statute that conflicts with EU law in a concrete case. Hence, in practical terms, the principle of primacy inhibits the referral of a conflict between a statute and EU law to the Italian Constitutional Court»); MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, pp. 387ss e 464.

³¹ Cfr. a análise desta jurisprudência no capítulo IV, nota n.º 47.

³² Cfr. DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, pp. 794 e 795; MICHAL BOBEK, “The Impact...”, *cit.*, pp. 285 e 297.

³³ Cfr. MICHAEL DOUGAN, “Primacy...”, *cit.*, pp. 1463-1464: «Of course, each Member State can decide for itself that provisions of national law which are found to be incompatible with its Treaty obligations should be rendered or capable of being declared invalid for the purposes of the domestic legal system; or to provide for itself that the remedy of disapplication (or optional finding of invalidity) should extend to situations which strictly speaking fall either outwith the scope of Union law or beyond the extent of national law’s actual incompatibility with the Treaties. But those are essentially national choices».

Trata-se, pois, de uma opção exclusivamente nacional, não sendo de modo algum determinada pela jurisprudência do TJUE – cfr. ANDREAS ORATOR, “The Decision of the Austrian *Verfassungsgerichtshof* on the EU Charter of Fundamental Rights: An Instrument of Leverage or Rearguard Action?”, *German Law Journal*, vol. 16, n.º 6, 2015, 1429-1448, pp. 1439 e 1440; MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, pp. 109 e 456-457.

nal Constitucional eliminar a norma nacional, com efeitos *erga omnes*, deixa de admitir-se a eventualidade de certo tribunal ordinário a aplicar³⁴.

Esta solução pode ser sustentada pela *constitucionalização reflexa do direito da União Europeia* (por força, sobretudo, do art. 7.º da Constituição), imputando-se às normas nacionais incompatíveis a violação do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, que recebe as regras europeias. No fundo, não podendo normas nacionais ser aplicadas no espaço normativo ocupado por regras europeias, haverá que substituir o parâmetro de fiscalização pelas normas comunitárias recebidas, que preferirão aos padrões nacionais.

A ideia não é inteiramente nova, tendo já sido conjecturada a propósito da questão de saber se o juízo de inconstitucionalidade poderia parametrizar-se face a *normas de direito internacional geral ou comum*, recebidas de forma automática pelo n.º 1 do artigo 8.º da Constituição³⁵. E é coerente com uma concepção de tipo *monista com primado do direito internacional*, concluindo que a unicidade do sistema implicará o decaimento da própria *validade* da norma nacional que contradiga regras ou princípios exteriores a que o Estado esteja vinculado³⁶.

É esta, no fundo, a posição de VITAL MOREIRA – ainda que o Autor reconheça que a solução carece de uma revisão constitucional³⁷ –, e que parece encontrar apoio nas palavras de ANA MARIA GUERRA MARTINS³⁸. De igual modo, esta solução consta de uma das primeiras decisões do Tribunal Constitucional italiano sobre o problema, que, em 1975, considerou que «*il contrasto con i principi enunciati dagli artt. 189 e 177 del Trattato istitutivo della C.e.e., che comporta violazione*

³⁴ Neste sentido, DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 815: «*The additional guarantee that constitutional courts can provide by nullifying statutes with general effect might then improve the effectiveness of the primacy of EU law. In particular, it can reduce the legal uncertainty that is inherent in the potential conflict between domestic legislation and EU law*».

³⁵ LUÍS NUNES DE ALMEIDA, “A justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas”, *Revista do Ministério Público*, Ano 8, n.º 32, 1987, pp. 7ss, ponto 1.4..

³⁶ No sentido de que a defesa desta concepção é compatível com o monismo kelseniano, cfr. INGOLF PERNICE, “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, n.º 3, 2009, 349-408, p. 383. Deve sublinhar-se, porém, que a adopção de uma concepção monista não implica que se defenda a *constitucionalização reflexa* do direito da UE: a eventual aceitação de que normas nacionais ficam feridas de invalidade por transgredirem regras internacionais não implica que se reconduza tal vício à violação *da Constituição*.

³⁷ Cfr. VITAL MOREIRA, “A CRP e a União...”, *cit.*, p. 913.

³⁸ Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 2000, p. 343: «*o TUE é o parâmetro de constitucionalidade e de validade não só dos actos comunitários como também dos actos nacionais*».

dell'art. 11 della nostra Costituzione, in base al quale l'Italia ha aderito alla Comunità consentendo, in condizioni di parità con gli altri Stati, le limitazioni di sovranità richieste per la sua istituzione»³⁹.

8. Será, aliás, uma das leituras possíveis para o acórdão do Tribunal Constitucional austríaco de 14.03.2012 que, naquilo que é apelidado de «*activist judicial constitutionalization*»⁴⁰, convocou normas da CDFUE (mas não das demais fontes de direito da União Europeia) para apreciar uma queixa constitucional, admitindo a viabilidade de o vir a fazer também em sede de controlo *normativo*⁴¹.

Trata-se de uma posição que se distancia das decisões *Recht auf Vergessen I* e *Recht auf Vergessen II* do Tribunal Constitucional Federal alemão⁴², que recusam

³⁹ Setenza n.º 232/1975 da *Corte Costituzionale* de 22 de Outubro de 1975, n.º 8.

⁴⁰ Cfr. ANDREAS ORATOR, “The Decision of the Austrian...”, *cit.*, p. 1447.

⁴¹ Acórdão do Tribunal Constitucional austríaco de 14.03.2012 (U 466/11.18; U 1836/11-13 – VfSlg 19.632/2012). Nesta decisão, a propósito de uma *queixa constitucional* (não estando em causa o controlo de *normas nacionais* mas de decisões judiciais ou administrativas) o Tribunal austríaco recorreu toda a sua jurisprudência no sentido da impossibilidade de convocação de normas europeias como parâmetro de controlo (§§22-24) e tomou a decisão expressa de a modificar, decidindo a viabilidade de convocação dos direitos fundamentais expressos na Carta (§35 – «*Der Verfassungsgerichtshof kommt daher zum Ergebnis, dass auf Grund der innerstaatlichen Rechtslage der Äquivalenzgrundsatz zur Folge hat, dass auch die von der Grundrechte-Charta garantierten Rechte vor dem Verfassungsgerichtshof als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte gemäß Art.144 bzw.»*). Ora, apesar de estar em causa uma queixa constitucional, o Tribunal declarou a possibilidade de vir a actuar da mesma forma em sede de controlo normativo, ao abrigo da fiscalização dos artigos 139 e 140 da Constituição Austríaca: «*Art. 144a B-VG geltend gemacht werden können und sie im Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle, insbesondere nach Art. 139 und Art. 140 B-VG bilden*».

A circunstância de o Tribunal Constitucional austríaco ter delimitado a invocação à Carta – com expressa exclusão de todo o demais direito da UE – implica a conclusão de que se operou uma *constitucionalização parcial* do direito da União Europeia, circunscrita à CDFUE, sendo a *única* (quer no quadro europeu, quer austríaco) que acolheu os direitos fundamentais da CDFUE como parâmetro de constitucionalidade normativa – cfr. BRUNO DE WITTE, “Direct effect...”, *cit.*, p. 213 («*The Austrian constitutional court decided, in 2012, to include the EU Charter of Rights [but not the rest of EU law] among the standards of constitutional review*»); ANDREAS ORATOR, “The Decision of the Austrian...”, *cit.*, p. 1429 («*The Austrian Verfassungsgerichtshof [Constitutional Court] substantially extended the applicable yardstick, according to which the constitutionality of ordinary laws and administrative action may be assessed, to certain Charter rights*»), enquanto *excepção* ao valor atribuído às demais fontes de direito da União Europeia – cfr. DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, pp. 800 e 806, e a jurisprudência do Tribunal austríaco aí constante.

⁴² Ao invés do que decidiu o tribunal austríaco, as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão não convocam o direito europeu como parâmetro de controlo *normativo*, apenas a admi-

a convocação directa da Carta como critério de controlo normativo – cingindo-a aos domínios do *amparo* ou *queixa constitucional*. Isto é, ao contrário da decisão austríaca de 2012, o Juiz federal alemão não subordinou a validade de normas

tindo a sua relevância *directa* em sede de apreciação *do caso concreto*, face a queixas constitucionais dirigidas a decisões de outros tribunais (e não a normas nacionais) – cfr. MATTIAS WENDEL, “Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte”, *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 75, n.º 4, 2020, 157-168, p. 157; JAN KOMAREK, “The Place of Constitutional...”, *cit.*, p. 422; *id.*, “National Constitutional... (2014)”, *cit.*, p. 528.

Aliás, no Acórdão de 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 [*Recht auf Vergessen I*], decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão que o controlo dos direitos fundamentais se faz primariamente por atenção à Constituição nacional (§45 – «*Auch soweit Unionsgrundrechte danach gemäß Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh zu 45 denen des Grundgesetzes hinzutreten, übt das Bundesverfassungsgericht seine Prüfungskompetenz primär am Maßstab des Grundgesetzes aus*») mediante uma interpretação dos direitos fundamentais nacionais em conformidade com a Carta (§48). A invocação directa das normas da Carta apenas se admitiu nos casos em que é impossível garantir o nível de protecção europeu pela interpretação dos parâmetros nacionais e, exclusivamente, no domínio da *queixa constitucional* (quando o Tribunal não aprecia a validade de quaisquer normas nacionais) (§63 – «*Eine Prüfung allein am Maßstab der deutschen Grundrechte ist dann nicht ausreichend, wenn konkrete und hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass hierdurch das grundrechtliche Schutzniveau des Unionsrechts ausnahmsweise nicht gewährleistet ist. Insoweit ist dann eine Prüfung innerstaatlichen Rechts, das der Durchführung des Unionsrechts dient, auch unmittelbar an den Grundrechten der Charta geboten*»). Razão pela qual concluiu que a queixa constitucional em causa deveria ser apreciada *com base na Constituição nacional* (§74).

Já no Acórdão de 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – [*Recht auf Vergessen II*], o Tribunal admitiu a convocação da Carta como parâmetro de controlo de *decisões judiciais nacionais* (e não de normas), restrito à figura da queixa constitucional quando as normas aplicáveis ao litígio estejam *totalmente cobertas pelo direito da União Europeia* (§33: «*Der Rechtsstreit richtet sich nach Regelungen, die durch das Unionsrecht vollständig vereinheitlicht sind und bei deren Anwendung deshalb grundsätzlich allein die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anwendbar ist*»). Razão pela qual se determinou a convocação do parâmetro europeu exclusivamente para as *decisões* dos órgãos nacionais que actuem em aplicação de direito europeu: «*Maßstab für die konkretisierende Anwendung von vollvereinheitlichtem Unionsrecht durch innerstaatliche Behörden und Gerichte ist die Grundrechtecharta*» (§46, sublinhado aditado). Separando-se expressamente esta actuação da *fiscalização normativa*, onde se mantém mesmo a jurisprudência do BvE segundo a qual não prescinde em todos os casos de controlar a validade das próprias normas europeias por referência à Constituição (§§51ss.). Com efeito, aí não estava em causa a validade de quaisquer normas, mas a correcta aplicação (à luz da Carta) pelos órgãos nacionais de normas europeias (§52), fixando-se a convocação da carta à impugnação de *decisões* de órgãos nacionais que mobilizem direito europeu (§60).

Sobre os casos em que o Tribunal alemão reserva o poder de controlar – excepcionalmente – a constitucionalidade de normas europeias, cfr. o que dizemos no estudo AFONSO PATRÃO E MARIANA CANOTILHO, “A admissibilidade dos recursos de fiscalização...”, *cit.*, p. 20, e BRUNO DE WITTE, “Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 2, 1995, pp. 145-173, p. 158.

nacionais ao direito da União, apenas assumindo a sua convocação em instrumentos *complementares* à protecção de direitos fundamentais conferida pelos tribunais ordinários⁴³ e que visam reagir contra *decisões* que põem em causa direitos fundamentais. É nesse contexto, tendo em conta que os tribunais ordinários *atribuem primazia aplicativa* às normas da CDFUE que conflituarem com regras nacionais, que a intervenção do Tribunal Constitucional Federal alemão em sede de *controlo das decisões dos outros tribunais [ou das autoridades públicas]* pode ter por referência os *mesmos parâmetros* que aqueles vinculam⁴⁴. O que se compreende, já que o critério judicativo será aquele *que caberia aos tribunais ordinários*⁴⁵.

IV. A impossibilidade de recondução da compatibilidade do direito da UE a uma questão de constitucionalidade

9. A concepção segundo a qual o direito da União Europeia é parâmetro de controlo da validade de normas nacionais foi sempre rejeitada pelo Tribunal Constitucional português⁴⁶ e pela generalidade dos tribunais constitucionais

⁴³ Acórdão de 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – [Recht auf Vergessen II] §63: «Die Verfassungsbeschwerde ergänzt den fachgerichtlichen Rechtsschutz bewusst um eine eigene verfassungsgerichtliche Kontrolle»

⁴⁴ Acórdão de 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – [Recht auf Vergessen II]: «Von einer vollständigen Vereinheitlichung ist erst recht für die aktuelle Rechtslage unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung auszugehen, die im Falle einer Aufhebung und Zurückverweisen der angegriffenen Entscheidung auch vom Oberlandesgericht zu beachten wäre» (§41, sublinhado aditado), a implicar que o nível de protecção em causa seja garantido pelo catálogo de direitos fundamentais que parametriza as normas comunitárias que têm aplicação prevalente (§42 – «Bei der Anwendung unionsrechtlich vollständig vereinheitlichter Regelungen sind grundsätzlich nicht die deutschen Grundrechte, sondern allein die Unionsgrundrechte maßgeblich; das Unionsrecht hat hier gegenüber den Grundrechten des Grundgesetzes Anwendungsvorrang»).

⁴⁵ Cfr. MATTIAS WENDEL, “Das Bundesverfassungsgericht...”, *cit.*, p. 159; DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 797. Note-se, todavia, que essa opção não corresponde a uma actuação unânime das jurisdições constitucionais, já que o Tribunal Constitucional Espanhol afasta a relevância do direito da União Europeia em sede de recurso de amparo (Sentença n.º 64/1991, n.º 4).

É esta especialidade, aliás, que justifica que *apenas nos sistemas com recurso de amparo* ou de *queixa constitucional* tenham os Tribunais Constitucionais assumido o controlo da obrigação de formulação de reenvio prejudicial – cfr. CLELIA LACCHI, “Review by Constitutional Courts...”, *cit.*, p. 1665: «The *conditio sine qua non* for this practice is that, in the Member States under analysis, when other legal remedies are exhausted, individuals may file a complaint, under certain circumstances, before those Constitutional Courts»); DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 807.

⁴⁶ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Constitucionalismo Português na Europeização”, *Olhar o Constitucionalismo Português nos 40 Anos da Constituição de 1976*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2017, pp. 27-60, p. 53: o Tribunal sempre excluiu «a possibilidade de incluir nos parâmetros do juízo de constitucionalidade, normas de direito da União».

dos outros Estados-Membros⁴⁷. O que corresponde, aliás, à posição da doutrina maioritária, que vem sufragando que a contradição de norma nacional com regras europeias não gera a inconstitucionalidade da primeira⁴⁸.

Assim se decidiu no Acórdão n.º 326/98, quando a recorrente invocava a transgressão de uma norma de uma directiva como gerando a violação do artigo 8.º da Constituição: concluiu o Tribunal Constitucional que a fiscalização da constitucionalidade não abrange «*as situações em que tal violação decorre de modo indirecto*», exigindo que «*determinada norma, cuja inconstitucionalidade foi questionada, viola, directamente ou, se se quiser, imediatamente, norma ou princípio constante da Lei Fundamental*»; no Acórdão n.º 621/98, recusando-se imputar à norma fiscalizada um vício de inconstitucionalidade pela contradição com regras europeias, porquanto «*o confronto entre normas de direito interno e normas comunitárias dispõe de um mecanismo jurisdicional específico (o processo de questões prejudiciais, habitualmente designado “reenvio prejudicial”)*», razão pela qual «*é de rejeitar a “qualificação da incompatibilidade do direito interno com o direito comunitário como uma situação de ‘inconstitucionalidade’ que ao Tribunal Constitucional caiba apreciar*»; no Acórdão n.º 93/2001, a propósito da invocação da violação do artigo 8.º da Constituição por contradição das normas nacionais com o direito da União Europeia, concluindo-se que «*a ordem jurídica comunitária, globalmente recebida pelo direito português, por via de uma cláusula do próprio texto constitucional – n.º 2 do artigo 8.º – compreende uma instância jurisdicional precipuamente vocacionada para a tutela de direito comunitário, que não funciona apenas no plano das relações interestaduais ou intergovernamentais, concentrando nessa instância a competência para velar pela aplicação uniforme e pela prevalência das respectivas normas, o que tornaria incongruente que, para o mesmo efeito, se fizesse intervir, no plano interno, uma outra instância do mesmo ou semelhante tipo, como seria o Tribunal Constitucional*»; e, mais recentemente, no Acórdão n.º 268/2022 (embora aí com declarações de voto divergentes), concluindo-se «*a demonstração da contradição das normas em crise com o direito da União Europeia não permite inferir uma conclusão pela respectiva inconstitucionalidade*».

⁴⁷ No fundo, «*What unites the jurisprudence of the constitutional courts examined so far is the fundamental contention that a violation of EU law as such does not amount to a violation of the constitution*», razão pela qual «*In principle, constitutional courts do not use EU law as a yardstick for constitutional review. They consider their task to be that of upholding the constitution, not EU law*» (DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, respectivamente pp. 801 e 798).

Quanto ao Tribunal Constitucional Federal alemão, *cfr.*, entre muitos outros, decisão de 13 de Setembro de 2005 (2 BvF 2/03), §145, onde o BVerfG remete o problema da compatibilidade da norma a fiscalizar com o Tratado para a normal competência do Tribunal de Justiça.

Quanto ao Tribunal Constitucional checo, *vide*, entre outros, o Acórdão de 27.03.2008 (que reitera jurisprudência estabilizada) Pl.ÚS 56/05, *Squeeze-out*, n.º 48: «*Here we can not but state what the Constitutional Court has already stated several times (in particular, judgments Pl. ÚS 50/04, no. 154/2006 Coll. and Pl. ÚS 36/05, no. 67/2007 Coll.). The reference point for review of the constitutionality of statutes under Art. 87 par. 1 let. a) and Art. 88 par. 2 of the Constitution of the CR is the constitutional order. The Constitutional Court does not have jurisdiction, in such proceedings, to review whether domestic law is consistent with community law. The application of community law as directly applicable law (see decision of the European court of Justice, matter 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA. Reference a preliminary ruling: Pretura di Susa – Italy. The non-use of a statute that is inconsistent with the*

No fundo, porque a ordem jurídica europeia mantém a sua autonomia, a contrariedade de certa norma nacional com uma regra europeia é resolvida ao nível da sua aplicação ao caso, com eventual intervenção do Tribunal de Justiça em sede de reenvio prejudicial. Sem que seja imputável a tal circunstância uma transgressão da Constituição⁴⁹. Certeiramente, diga-se, já que «*esta solução – que*

law of the Community, known to the domestic court as Simmenthal II, available in the Collection of Decisions, vol. 1978, p. 629, e.g. at eur-lex.europa.eu is in the jurisdiction of the ordinary courts, which, in cases of doubt about the application of the law, have the opportunity, or obligation, to turn to the European Court of Justice with a preliminary issue under Art. 234 of the TEC» (tradução oficial); e o Acórdão de 21.02.2006 Pl.ÚS 19/04, n.º 29.

Quanto ao Tribunal Constitucional Espanhol, cfr. decisão n.º 28/1991, que rejeita expressamente a tese da *inconstitucionalidade indirecta* nos parágrafos 4 a 6.

Em França, vide a jurisprudência constata do *Conseil Constitutionnel*, desde a decisão 74-54 DC de 15 de Janeiro de 1975, n.º 5, e reiterada nas decisões 89-268 DC, de 29 de Dezembro de 1989, n.º 85; n.º 91-293 DC, de 23 de Julho de 1991, n.º 5; 98-405 DC, de 29 de Dezembro de 1998, n.º 22 – e que se manteve mesmo depois da alteração constitucional de 2008 (cfr. Decisão 2010-605 DC, de 12 de Maio de 2010, n.º 16; e n.º 2014-694, de 28 de Maio de 2014, n.º 2: «*Le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité; que l'examen d'un tel grief fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires*»; o

É também esta a jurisprudência do Tribunal Constitucional austríaco (VfSlg. 14.886/1997, 15.189/1998, 15.215/1998, 15.753/2000, 15.810/2000 e 18.266/2007), embora – como se viu *supra*, nota n.º 41 – este Tribunal tenha admitido a hipótese de vir a convocar *para controlo normativo* normas da CDFUE (mas já não das demais fontes de direito da EU).

⁴⁸ JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “O Tribunal Constitucional...”, *cit.*, pp. 1371-1372; RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto...*, *cit.*, p. 319; JORGE MIRANDA, “A «Constituição Europeia» e a ordem jurídica portuguesa”, *O Direito*, Anos 134.º e 135.º, 2002-2003, pp. 9-29, p. 19; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União...”, *cit.*, p. 702; NUNO PIÇARRA, “Comentário ao Acórdão *Mecanarte* – Cobrança *a posteriori* dos direitos aduaneiros”, *Colectânea Anotada de Jurisprudência Comunitária*, Ano 4, n.º 10, 1992, 21-50, p. 43; ANTÓNIO ARAÚJO, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO E JOAQUIM PEDRO CARDOSO DA COSTA, “As relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias”, *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 203-273, p. 268.

⁴⁹ Neste sentido, cfr. DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 798.

O que dizemos não se confunde com a consideração, hoje com suporte na jurisprudência de vários Tribunais Constitucionais de Estados-Membros da União Europeia, de que a violação da obrigação de formular uma questão prejudicial pelo tribunal de última instância (artigo 267.º TFUE) pode consubstanciar uma transgressão *da Constituição* – designadamente por violação do direito a uma tutela jurisdicional efectiva. Aí, o que está em causa é o de saber se o direito a uma tutela jurisdicional efectiva (entre nós, consagrado no artigo 20.º da Constituição) abrange o direito a que o Tribunal de Justiça seja chamado a interpretar o direito da União, atenta a sua competência defini-

entende que a incompatibilidade do direito interno com o direito comunitário não é uma questão de “inconstitucionalidade” – é a única que assegura a coerência da ordem jurídica comunitária e que permite a harmonização entre a competência do Tribunal Constitucional português e a do Tribunal de Justiça»⁵⁰.

10. Duas razões concorrem para que assim tenha de ser.

10.1. Em primeiro lugar, a uniformidade de aplicação do direito europeu. Na verdade, a configuração da contrariedade com normas europeias como inconstitucionalidade implicaria que os seus efeitos dependessem do sistema de fiscalização constitucional de dado Estado. A recondução do conflito normativo a uma questão de constitucionalidade arrastaria consigo as consequências inerentes: nos sistemas em que a Constituição *não permite* ao juiz do caso concreto desaplicar normas inconstitucionais, ficaria minada a actuação do próprio princípio do primado que, em detrimento de actuar *por sua própria natureza, fá-lo-ia através* do sistema (não uniforme) de fiscalização da constitucionalidade vigente naquele Estado-Membro⁵¹.

Tal consequência poderia pôr em causa os poderes do Tribunal de Justiça da UE na apreciação dos conflitos entre normas nacionais e europeias, se daí decorresse a impossibilidade (ou dificuldade) de os tribunais *do caso* formularem questões prejudiciais com vista a apurar a necessidade de desaplicação do direito interno. O funcionamento próprio do princípio do primado implica a atribuição do poder e do dever *aos tribunais ordinários*, mesmo de sistemas que não lhes admitam o controlo da constitucionalidade, *afastar* as normas nacionais e consultar o Tribunal de Justiça sobre tal compatibilidade. Assim garantindo a uniformidade de aplicação do direito europeu e, nessa medida, dispensando as

tiva para o fazer. Como é evidente, esta jurisprudência apenas tem suporte em sistemas de justiça constitucional que conheçam a figura do *amparo* ou da *queixa constitucional*, capaz de questionar directamente junto do Tribunal Constitucional a conduta dos tribunais ordinários – cfr. CLELIA LACCHI, “Review by Constitutional Courts...”, *cit.*, p. 1666.

⁵⁰ Cfr. MARIA HELENA BRITO, “Relações...”, *cit.*, p. 311.

⁵¹ NUNO PIÇARRA, “Comentário ao Acórdão *Mecanarte*”, *cit.*, p. 45: «*a entender-se isso, as consequências serão muito diversas quer no quadro de um sistema de garantia de constitucionalidade com um componente de controlo concentrado, concreto e incidental como no caso da Alemanha, da Espanha ou da Itália – em que o juiz não pode desaplicar a norma que repute inconstitucional mas apenas suspender a instância e suscitar a questão perante o Tribunal Constitucional –, quer na ausência de um tal sistema, como é designadamente o caso da França – em que os tribunais não podem recusar a aplicação das normas legais que repute inconstitucionais ao caso concreto. Tanto num caso como no outro, o primado e a aplicabilidade directa do direito comunitário ficariam irremediavelmente comprometidos pois o juiz não pode desaplicar “por sua própria autoridade a norma legal posterior contrária”*». No mesmo sentido, cfr. ROBERT SCHÜTZE, “Supremacy without...”, *cit.*, p. 1031.

jurisdições constitucionais desta missão⁵². Esta preocupação levou, de resto, o Tribunal Constitucional italiano a, logo em 1984, *modificar a sua jurisprudência*, abdicando de converter a antinomia normativa num problema de constitucionalidade e remetendo a resolução do problema para os tribunais comuns⁵³.

Repare-se, aliás, que o Tribunal de Justiça da UE, no Acórdão *A. e B.*, expressa de forma inequívoca o seu desconforto com a decisão do Tribunal Constitucional austríaco de 2012, em que este assume a responsabilidade por confrontar normas nacionais com a CDFUE. A conformidade dessa decisão com o direito da UE fica subordinada à garantia de *que os tribunais ordinários mantêm o poder de fazer actuar o princípio do primado*, garantindo a plena eficácia do direito da UE *antes (ou independentemente)* da intervenção do Tribunal Constitucional⁵⁴. O que revela, muito claramente, um incómodo do Tribunal de Justiça com a concepção que aqui analisamos⁵⁵ – e que, de certo modo, os Acórdãos *Mecanarte*⁵⁶ e *Melki e Abdeli*⁵⁷ já condenavam.

⁵² Cfr. DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 794; MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, 102; MICHAL BOBEK, “The Impact...”, *cit.*, p. 294.

⁵³ A inversão jurisprudencial foi expressa, na Sentença n.º 170/1984, n.ºs 8 e 9: «*Compete al giudice rimettente accertare se gli invocati regolamenti e principi dell’ordinamento comunitario consentano, e a qual titolo, che il regime del prelievo agricolo, sotto il profilo dedotto nella presente controversia, sia fatto retroagire soltanto fino alla data di pubblicazione della pronunzia interpretativa della Corte del Lussemburgo, sopra richiamata*». Ainda assim, o Tribunal Constitucional italiano parece continuar a aceitar a invocação do direito da União Europeia em processos de fiscalização abstracta (Sentença de 10 de Novembro de 1994, n.º 384/1994; Sentença de 30 de Março de 1995, n.º 94/1995).

⁵⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 11 de Setembro de 2014, *A contra B e o.*, proc. C-112/13, n.º 46. De acordo com o Juiz comunitário, a assunção daquela responsabilidade pelo Tribunal Constitucional austríaco apenas se tem por compatível com o direito da UE «*desde que os referidos tribunais comuns possam: – em qualquer momento do processo que considerem adequado, mesmo depois de concluído o procedimento incidental de fiscalização geral das leis, submeter ao Tribunal de Justiça qualquer questão prejudicial que entendam ser necessária; – adoptar qualquer medida necessária a fim de assegurar a tutela jurisdicional provisória dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União; e – não aplicar, concluído esse procedimento incidental, a disposição legislativa nacional em causa se a considerarem contrária ao direito da União*». Não pode, portanto, o Tribunal Constitucional bloquear o acesso à jurisdição europeia pelos tribunais ordinários, a quem cabe garantir o primado do direito da UE (cfr. MAARTJE DE VISSER, “Juggling centralized constitutional review and EU primacy in the domestic enforcement of the Charter: A.v. B”, *Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 5, 2015, 1309-1337, p. 1330; MICHAL BOBEK, “The Impact...”, *cit.*, p. 295).

⁵⁵ Neste sentido, cfr. DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 813; MAARTJE DE VISSER, “Juggling centralized...”, *cit.*, p. 1326.

⁵⁶ Neste sentido, cfr. MICHAL BOBEK, “The Impact...”, *cit.*, p. 295; JAN KOMAREK, “The Place of Constitutional...”, *cit.*, p. 438. Como é sabido, no caso *Mecanarte* foi perguntado ao Tribunal de Justiça se,

10.2. Em segundo lugar, é impossível extrair um juízo de inconstitucionalidade, por referência ao n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, da antinomia entre normas nacionais e europeias. Na verdade, face à natureza do princípio do primado, uma norma nacional que conflitue com regras europeias *não viola o n.º 4 do artigo 8.º da Constituição*, já que este preceito recebe o primado como *regra de colisão dirigida ao juiz do caso concreto* e que deve, em sua obediência, *afastá-la do caso* e dar prevalência à disciplina comunitária. Dito de outro modo: a contradição de uma norma interna com regras europeias *não ofende* o artigo 8.º da Constituição. Antes, *convoca-o*: ao receber o princípio do primado da União Europeia, a Constituição aceita a *ineficácia da norma nacional*, na medida em que contradiga regras europeias simultaneamente mobilizáveis⁵⁸.

O que implica a inelutável conclusão de que a contradição de normas nacionais com regras europeias simultaneamente mobilizáveis – embora as esvazie de eficácia, face à obrigação de *desaplicação* que dali decorre para os tribunais – não tem por efeito um juízo de inconstitucionalidade.

caso a incompatibilidade com o direito da União fosse assimilável a uma *inconstitucionalidade*, seria desnecessário formular uma questão prejudicial. Ora, o Tribunal de Justiça, muito claramente, que *«a eficácia do direito comunitário encontrar-se-ia posta em causa se a existência de um recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional pudesse impedir o juiz nacional, a quem tenha sido submetido um litígio regido pelo direito comunitário, de exercer a faculdade que lhe é atribuída pelo artigo 177.º do Tratado de submeter à apreciação do Tribunal de Justiça as questões relativas à interpretação ou à validade do direito comunitário, a fim de lhe permitir julgar se uma norma nacional é ou não compatível com aquele»* – Acórdão do TJUE de 27.06.1991, *Mecanarte*, proc. C-348/89, n.º 45.

⁵⁷ Neste aresto, o Juiz comunitário frisou a exigência de esta *relação directa* não poder ser condicionada: se for invocada simultaneamente a contrariedade de certa norma com normas europeias (conducente à sua desaplicação) e com a Constituição (conducente à sua invalidade), impõe o direito da UE que o órgão jurisdicional nacional possa formular uma questão prejudicial *mesmo que o sistema nacional estabeleça uma qualquer prioridade de fiscalização da constitucionalidade* – cfr. Acórdão do TJUE de 22.06.2010, *Melki e Abdeli*, processos apensos n.ºs C-188/10 e 189/10, n.ºs 42ss.

⁵⁸ Na expressão de NUNO PIÇARRA, em momento anterior à revisão constitucional de 2004 – quando, por isso, a doutrina fundava a recepção do princípio do primado na disposição do n.º 3 do artigo 8.º: *«Na sua estrutura e função, ela revela-se como uma típica regra de conflito de normas ou “norma de colisão”, que tem fundamentalmente por destinatários os órgãos aplicadores do direito. Assim sendo, a norma legal contrária à norma comunitária não viola, proprio sensu, o disposto no artigo 8.º, n.º 3. Apenas convoca a sua aplicação, em ordem à resolução do conflito de normas em presença, o que levará ao afastamento e, portanto, a ineficácia (que não à invalidade) da norma que regula o caso concreto em contradição com a norma cuja «preferência» o artigo 8.º, n.º 3, impõe. Não havendo, nesta perspectiva, nenhuma «questão de natureza jurídico-constitucional» autónoma implicada na decisão de fundo»* (NUNO PIÇARRA, “Comentário ao Acórdão *Mecanarte*”, *cit.*, p. 48).

V. O princípio da interpretação conforme como garantia da *plena eficácia* do direito da União Europeia

II. A plena eficácia do direito da União Europeia – que constitui o *mandato europeu* aos tribunais nacionais⁵⁹ – não se realiza *somente* por actuação dos princípios do primado, do efeito directo ou da aplicabilidade directa⁶⁰. Pelo contrário, parte muito relevante (porventura *a mais relevante*) da *efectividade* do direito europeu assenta no *princípio da interpretação conforme* ao direito da União Europeia, que não apenas conduz à efectividade da ordem jurídica europeia, como é particularmente adequado a um sistema *não hierarquizado* de fontes⁶¹.

Nessa medida, a circunstância de o direito da União Europeia não ser parâmetro de validade das normas nacionais não implica a dissociação das jurisdições constitucionais da ordem jurídica europeia ou a impossibilidade de um diálogo (sobretudo prejudicial) entre os Tribunais Constitucionais nacionais e o Tribunal de Justiça da União⁶². Pelo contrário, o direito da União Europeia

⁵⁹ Cfr. MONICA CLAES, *The National Courts' Mandate...*, cit., p. 27 («*The national judges are under a Community obligation to ensure the full effect of Community law and effective judicial protection of the rights which individuals derive from Community law*»); MATTIAS KUMM, «The Jurisprudence of Constitutional...», cit., p. 299; MARC BOSSUYT E WILLEM VERRIJDT, «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment», *European Constitutional Law Review*, vol. 7, n.º 3, 2011, 355-391, p. 384 («*The Court obliges all domestic judges to immediately take all action required in order to guarantee EU law's full Effect*»).

⁶⁰ Dúvidas não restam que é o princípio da *plena eficácia* do direito da UE que funda o *efeito directo* e o *primado* das normas europeias. Cfr. BRUNO DE WITTE, «Direct effect...», cit., p. 208; MONICA CLAES, *The National Courts' Mandate...*, cit., p. 45.

⁶¹ Cfr. SOLTYS AGNIESZKA, «The obligation to interpret national law in accordance with the European Union law in the jurisprudence of Polish Constitutional Court – focus on limits», *European Journal of Public Matters*, n.º 1, 2017, pp. 51-62, p. 52; MARC BOSSUYT E WILLEM VERRIJDT, «The Full Effect...», cit., p. 389, que sublinham que «*effectiveness can be obtained using several techniques*».

Na impressionante expressão de MIGUEL POIARES MADURO, «Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. I, ed. JORGE MIRANDA, et al., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 833-850, p. 846: «*this situation does require a conception of the law which is no longer dependent on a classical, hierarchical understanding and construction of the law and the constancy of supremacy. It is I have called of “counterpunctual law”. Similar to what happens in music where you can have different melodies, one can have different mechanisms of recognising the supremacy of EU law that can be perfectly compatible with one another so long as they lead to the same result. Thus, to take full advantage of this idea of legal and constitutional pluralism we need to conceive forms of reducing or managing the potential conflict between legal orders and promoting communication between them*».

⁶² A relativa raridade dos diálogos entre as jurisdições constitucionais e o Tribunal de Justiça é, pelo contrário, explicável pelo papel que assumem *os tribunais comuns* que, ao encontrar conflitos

reveste uma importância fundamental na fiscalização da constitucionalidade⁶³, afectando-a de modo indirecto: «*the narrator is still the national Constitution but the script has changed*»⁶⁴.

Na verdade, *nos termos definidos pelo direito da União Europeia*, o sentido a atribuir ao direito nacional (em qualquer das suas fontes) tem em conta o direito europeu, em face do *princípio da interpretação conforme ao direito da União Europeia*. Nascido na década de 70 do século XX – a propósito da obrigação de os tribunais nacionais alcançarem, através da interpretação do direito nacional, o efeito útil de normas de directivas insusceptíveis de produzir efeito directo⁶⁵ –, foi reconduzido a um cânone geral de interpretação do direito nacional (de todo o direito nacional) de modo a atingir a plena eficácia do direito da União Europeia. Determina tal princípio que os tribunais nacionais, ao aplicar o direito interno, são obrigados a interpretá-lo, na medida do possível, à luz do direito europeu: «*Esta obrigação de interpretação conforme do direito nacional é inerente ao sistema do Tratado FUE, na medida em que permite aos órgãos jurisdicionais nacionais assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União quando decidem dos litígios que lhes são submetidos*»⁶⁶.

Os limites à sua actuação são fixados *pela própria ordem jurídica europeia* (e, nessa medida, recebidos pelo disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição): «*é*

entre normas nacionais e europeias, se dirigem directamente ao Juiz comunitário e fazem actuar o princípio do primado. Cfr. MICHAL BOBEK, “The Impact...”, *cit.*, pp. 285 e 297; DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, pp. 794 e 795.

⁶³ Cfr. Conclusões do Advogado-Geral KOKOTT no processo C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione autonoma della Sardegna*, n.º 23: «*Mesmo sem uma tal incorporação expressa [do direito europeu como parâmetro de fiscalização da constitucionalidade], o direito comunitário também pode ser determinante para a decisão de litígios de direito constitucional, designadamente quando num processo constitucional está em causa saber quais os efeitos de um acto jurídico comunitário ou qual o poder de apreciação, passível de fiscalização constitucional, que esse acto atribui ao legislador nacional*».

⁶⁴ Cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “Three Claims...”, *cit.*, p. 75. No mesmo sentido, DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 796; GERRIT BETLEM, “The Doctrine of Consistent Interpretation: Managing Legal Uncertainty”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n.º 3, 2002, 397-418, p. 398.

⁶⁵ Cfr. Acórdãos do TJUE *Mazzalai*, de 20.05.1976, proc. 111/75; *Von Colson*, de 10.04.1984, proc. 14/83; *Marleasing*, de 13.11.1990, proc. 106/89. Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, p. 564; MICHAEL DOUGAN, “Primacy...”, *cit.*, p. 1462; TAKIS TRIDIMAS, “Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited”, *Yearbook of European Law*, vol. 21, n.º 1, 2001, 327-354, p. 329; KOEN LENAERTS E TIM CORTHAUT, “Of birds...”, *cit.*, p. 292; SARAH DRAKE, “Twenty years after Von Colson: the impact of ‘indirect effect’ on the protection of the individual’s community rights”, *European Law Review*, vol. 30, n.º 3, 2005, 329-348, p. 331.

⁶⁶ Cfr. Acórdão do TJUE de 24.01.2012, *Maribel Dominguez*, proc. C-282/10, n.º 25.

limitada pelos princípios gerais do direito e não pode servir de fundamento a uma interpretação contra legem do direito nacional»⁶⁷.

No fundo, no seio da obrigação de as autoridades nacionais tomarem as medidas de garantia da efectividade do direito da União – assente no *princípio da cooperação leal*, consagrado no n.º 3 do artigo 4.º do TFUE –, «*uma dessas medidas consiste precisamente na obrigação de os tribunais, e as restantes autoridades nacionais, interpretarem a lei nacional em conformidade com o direito da União*»⁶⁸. Trata-se, pois, de um efeito jurídico do direito europeu – plenamente recebido pelo disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição – e que, de acordo com o próprio Tribunal de Justiça, *previne* a actuação do princípio do primado do direito da União Europeia⁶⁹. Os tribunais dos Estados-Membros estão vinculados a, na fixação do sentido das normas de direito nacional, realizar o efeito útil do direito europeu e, dentro da margem permitida pelas regras interpretativas internas, escolher a

⁶⁷ Cfr., entre muitos outros, Acórdãos do TJUE de 24.01.2012, *Maribel Dominguez*, proc. C-282/10, n.º 25; *Maria Pupino*, de 16.06.2005, proc. C-105/03, n.ºs 44 e 47; *Adeneler*, de 04.07.2006, proc. C-212/04, n.º 110; *Impact*, de 15.04.2008, proc. C-268/06, n.º 100; e *Angelidaki*, de 23.04.2009, procs. C-378/07 a C-380/07, n.º 199; de 11.01.2007, *ITC*, proc. C-208/05, n.º 68; Acórdão de 9.10.2013, *Spedition Welter*, proc. C-306/12, n.º 29.

Sobre os limites da interpretação conforme, *vide* KOEN LENAERTS E TIM CORTHAUT, “Of birds...”, *cit.*, p. 295; GERRIT BETLEM, “The Doctrine...”, *cit.*, p. 406.

⁶⁸ SOFIA OLIVEIRA PAIS, “Princípio da Interpretação Conforme”, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, ed. SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 93-107, p. 96. No mesmo sentido, *cfr.* FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, p. 564; MARCO DANI, “National Constitutional...”, *cit.*, p. 204; RUI TAVARES LANCEIRO, “O Tratado de Lisboa e o princípio da cooperação leal”, *Cadernos O Direito*, vol. 5, 2010, 265-299, p. 273; MICHAEL DOUGAN, “When worlds collide – Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy”, *Common Market Law Review*, vol. 44, n.º 4, 2007, 931-963, p. 945; KOEN LENAERTS E TIM CORTHAUT, “Of birds...”, *cit.*, p. 293; GERRIT BETLEM, “The Doctrine...”, *cit.*, p. 399.

⁶⁹ Cfr. Acórdão de 24.01.2012, *Maribel Dominguez*, proc. 282/10, n.º 23 («*Importa começar por assinalar que a questão de saber se uma disposição nacional, na medida em que seja contrária ao direito da União, deve deixar de ser aplicada só se coloca se uma interpretação conforme desta disposição não for possível*»); Acórdão de 11.01.2007, *ITC*, proc. C-208/05, n.º 69; Acórdão de 9.10.2013, *Spedition Welter*, proc. C-306/12, n.º 28; Acórdão do TJUE de 19.06.2019, *Poplawski*, proc. 573/17, n.ºs 57 e 58.

No fundo, «*the preferred means of resolving that tension is through the duty of consistent interpretation: national law must, as far as possible, be construed so as to comply with the Member State’s obligations under the Treaties. Only if such consistent interpretation proves impossible (for example, when faced with a simple contra legem incompatibility between Union and national legislation) does the domestic court need to reconstruct and address the relationship between Union and national law in potentially more abrasive terms*» (*cfr.* MICHAEL DOUGAN, “Primacy...”, *cit.*, p. 1462). Neste sentido, também, KOEN LENAERTS E TIM CORTHAUT, “Of birds...”, *cit.*, p. 314; ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 289.

exegese que melhor se acomode às normas europeias⁷⁰. Cabendo-lhes, se necessário, suscitar questões prejudiciais de forma a determinar o sentido exacto a conferir às regras comunitárias⁷¹.

12. Compreende-se que assim seja. No quadro actual, com uma pluralidade de fontes que se condicionam mutuamente, interpretadas por diferentes actores jurisdicionais – muitas vezes com competências exegéticas exclusivas, mas parcelares, do sistema normativo global – a interpretação jurídica deixa verdadeiramente de ser possível sem levar em consideração o horizonte interactivo das ordens jurídicas confluentes e a actuação de cada um dos órgãos jurisdicionais.

É aquilo a que MIGUEL POIARES MADURO apelida de uma interpretação *em contraponto*: procura-se uma *congruência* dos parâmetros, interpretando-os de forma harmónica e evitando o conflito normativo⁷². O *efeito útil* ou *efectividade* do direito da União é alcançável pela *congruência* dos parâmetros, que redundam na protecção *simultânea* dos valores constitucionais e comunitários⁷³.

VI. A actuação do princípio da interpretação conforme na rede de protecção constitucional

13. O princípio de interpretação conforme joga um papel determinante na *rede de protecção* jusfundamental. A circunstância de as ordens jurídicas nacional e

⁷⁰ Nessa medida, e como se fixou no Acórdão de 4 de Fevereiro de 1988, *Murphy*, proc. 157/86, «Cabe ao tribunal nacional dar à lei interna, em toda a medida em que uma margem de apreciação lhe seja concedida pelo respectivo direito interno, uma interpretação e uma aplicação em conformidade com as exigências do direito comunitário». O que implica, pois, que «o intérprete e aplicador do direito deverá, ainda quando deva aplicar apenas direito nacional, atribuir a este uma interpretação que se apresente conforme com o sentido, economia e termos das normas europeias» (cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, cit., p. 393).

⁷¹ Cfr. Acórdão do TJUE de 14.12. 2000, *Fazenda Pública c. Câmara Municipal do Porto*, proc. C-446/98, n.º 48.

⁷² Cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, cit., p. 523: «Counterpoint is the musical method of harmonising different melodies that are not in a hierarchical relationship inter se. (...) In law we too have to learn how to manage the non-hierarchical relationship between different legal orders and institutions and to discover how to gain from the diversity and choices thereby offered us without generating conflicts that ultimately will destroy those legal orders and the values they sustain». Como o autor ilustra (id., “Interpreting...”, cit., p. 835), «in spite of their claims to ultimate authority and legal sovereignty, both the EU and national legal orders make more or less explicit concessions towards the claim of authority of the other legal order. They make the necessary adjustments to their respective claims in order to prevent an actual collision. EU law has introduced substantive constitutional changes such as fundamental rights in order to accommodate the claims made by national constitutions. National constitutions have been interpreted in a manner that tends to prevent the review of specific EU acts».

⁷³ Cfr. MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, cit., pp. 142, 145 e 464; MICHAEL DOUGAN, “When worlds...”, cit., p. 946.

européia serem autónomas (conservando os seus próprios referentes de validade e uma estrutura jurisdicional específica) «*não significa que os valores e normas estrangeiros (ou, rectius, não pertencentes directamente ao círculo integrado na nossa lei fundamental), aí incluídos os de valor e relevo constitucional, sejam indiferentes à actividade judicativa do Tribunal Constitucional português*»⁷⁴. Pelo contrário, devem os Tribunais Constitucionais levar em consideração os padrões *europæus* na fixação do sentido das normas *nacionais* – também constitucionais – inseridas no domínio de aplicação do direito da União Europeia⁷⁵, garantindo o seu efeito útil.

Vejamos.

No quadro da protecção dos direitos fundamentais, verifica-se uma congruência tendencial entre a ordem jurídica europeia e a ordem jurídica nacional. Que, de resto, é reconhecida pela generalidade dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros⁷⁶ e pelo Tribunal de Justiça – quando admite a aplicação dos catálogos nacionais para tutela do *nível de protecção* europeu⁷⁷.

⁷⁴ RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português e as normas de outros ordenamentos jurídicos”, *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora – Tribunal Constitucional, Coimbra, 2007, pp. 781-826, p. 808. No mesmo sentido, cfr. RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto...*, cit., pp. 331 e 348.

⁷⁵ Na expressão de MIGUEL POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, cit., p. 529: «*Any national court must take into account the interpretations of the same European rules and legal principles made by other national courts. This requires them to fit any ‘national interpretation’ of EU law with the interpretations given by other national courts and the European Court of Justice. It is this that will guarantee both vertical and horizontal coherence of the European legal order.*».

⁷⁶ Cfr., a título de exemplo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, quer na sua jurisprudência *Solange*, quer, mais recentemente, no acórdão de 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 [*Recht auf Vergessen I*]), §55: «*kann sich das Bundesverfassungsgericht auf die Vermutung stützen, dass durch eine Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Europäischen Gerichtshof ausgelegt wird, in der Regel mitgewährleistet ist*»).

Igualmente, veja-se a Sentenza 20/2019 da Corte Costituzionale italiana: «*i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto «parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale.*».

Entre nós, o mesmo sucedeu no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, ponto 8.2..

⁷⁷ Acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 2013, *Melloni*, C-399/11, n.º 60: «*as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de protecção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efectividade do direito da União.*». Neste sentido, cfr. MATTIAS WENDEL, “Das Bundesverfassungsgericht...”, cit., p. 160.

Esta harmonia é resultado da influência mútua entre as diversas fontes no domínio jusfundamental⁷⁸.

Por um lado, o ordenamento jurídico-comunitário alimenta-se dos catálogos nacionais: o Tratado da União Europeia recebe, «*enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*»⁷⁹; e a União Europeia está vinculada, à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que contém um catálogo de direitos fundamentais *redigido à imagem das Constituições nacionais*. Estas «*tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*» assumem valor de padrão interpretativo da própria Carta (artigo 53.º CFDUE)⁸⁰.

Por outro lado, o princípio do nível de protecção mais elevado, constante do artigo 53.º CFDUE não funcionará *apenas* como regra de conflitos ou de colisão, assumindo também o cariz de *princípio interpretativo*, operando uma *ponderação* das fontes internacionais de direitos fundamentais no momento da aplicação das normas e princípios constitucionais internos⁸¹. Querendo isto dizer que, quando o Estado aplica direito da União Europeia (n.º 1 do artigo 51.º da CDFUE), o sentido a dar aos direitos fundamentais *nacionais* deve privilegiar uma consonância com as normas europeias a que o Estado se encontra vinculado. Que são, elas próprias, produto do diálogo interconstitucional⁸².

⁷⁸ Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS E MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais – A posição do Tribunal Constitucional Português”, *XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português*, Lisboa, 2014, disponível na internet via <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2014-10-16-00-00/2014-PonenciaPortugal.pdf>, consultado em 13.01.2019, pp. 1-59, p. 44.

⁷⁹ Cfr. artigo 6.º, n.º 3, do TUE. Sublinhado aditado.

⁸⁰ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, “Constituição europeia e Constituições nacionais”, *O Direito*, Ano 137, 2005, pp. 687-698, p. 691; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Um «Supremo Tribunal» para a União? Reflexões sobre o lugar do TJCE na arquitectura judiciária europeia”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 99-156, p. 135;

⁸¹ Cfr. MARIANA CANOTILHO, *O princípio...*, *cit.*, pp. 173 e 183-184; MATTIAS KUMM, “The Jurisprudence of Constitutional...”, *cit.*, p. 289; JAN KOMAREK, “The Place of Constitutional...”, *cit.*, p. 446; .

⁸² É, de resto, o que o Tribunal Constitucional Federal alemão sublinha no Acórdão de 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 [*Recht auf Vergessen I*], quando nota que a tutela jusfundamental obedeceu a uma evolução conjunta – quanto ao factor *tempo* – e é resultando do diálogo bidireccional entre fontes europeias e nacionais: «*Die Einstellung des Zeitfaktors in die Beurteilung der verfassungsmäßigen Anforderungen an die Verbreitung von Informationen stellt sich als Teil einer Entwicklung im Austausch der europäischen Grundrechtsentwicklung dar*».

O que se compreende. No quadro da rede comunicante de protecção dos direitos fundamentais, a uniformidade de aplicação do direito da União pelos Estados-Membros estaria em causa se os parâmetros fossem díspares, fixando-lhes um nível de protecção distinto (*maxime*, inferior) àquele que é garantido pela CDFUE⁸³. A multiplicidade de fontes de protecção dos direitos fundamentais – associada à diversidade de instâncias jurisdicionais de tutela, inseridas em ordenamentos jurídicos distintos e entre os quais não existe uma relação de hierarquia – implica uma *concordância prática* entre os parâmetros convocados. Numa articulação que é, também, exercida pelo legislador constituinte, que vai moldando o conteúdo dos preceitos da Lei Fundamental aos padrões de protecção comunitários⁸⁴.

Nessa medida, não só se pode concluir que os direitos fundamentais da Constituição garantem, *em princípio*, as garantias da Carta⁸⁵, como que a essência do relacionamento «*entre ordem constitucional europeia e ordem constitucional nacional é uma relação “interactiva”, mais do que hierárquica*»⁸⁶.

⁸³ Cfr. Acórdãos do TJUE de 26 de Fevereiro de 2013, *Melloni*, C-399/11, n.º 60 e *Åkerberg Fransson*, C-617/10, n.º 29. Cfr. MATTIAS WENDEL, “Das Bundesverfassungsgericht...”, *cit.*, p. 160.

⁸⁴ Tal é especialmente evidente nas sucessivas revisões do artigo 35.º da Constituição, relativo à utilização da informática. Cfr. CATARINA SARMENTO E CASTRO, “40 Anos de «Utilização Da Informática» – o Artigo 35.º da Constituição fa República Portuguesa”, *E-Publica*, vol. 3, n.º 3, 2016, pp. 42-66, p. 65; FILIPA URBANO CALVÃO, “O direito fundamental à protecção dos dados pessoais e a privacidade 40 anos depois”, *Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução*, ed. MANUEL AFONSO VAZ, et al., Universidade Católica Editora, Porto, 2017, pp. 85-101, p. 89.

⁸⁵ Cfr. VITAL MOREIRA, “Introdução à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, «*Respublica*» Europeia – *Estudos de direito constitucional da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 169-194, p. 191; KOEN LENAERTS, “Exploring the Limits...”, *cit.*, p. 397; MATTIAS WENDEL, “Das Bundesverfassungsgericht...”, *cit.*, p. 158; MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, p. 685; MARCO DANI, “National Constitutional...”, *cit.*, p. 792; DIOGO FREITAS DO AMARAL E NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa...”, *cit.*, p. 25; MIGUEL POIARES MADURO, “Interpreting...”, *cit.*, p. 847.

⁸⁶ Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 423. É a ideia expressada por NEIL MACCORMICK, “The Maastricht-Urteil...”, *cit.*, p. 264 («*the most appropriate analysis of the relations of legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical*»), e IINGOLF PERNICE, “The Treaty of Lisbon...”, *cit.*, p. 383 («*In the view of multilevel constitutionalism, this is to be expected because there is no hierarchy between the two components of the European legal system. Rather, the relationship is pluralistic and cooperative*»).

14. Este acervo comum – que, em princípio, previne a *inconciliabilidade total* dos direitos consagrados nos vários catálogos comungantes – convoca, como paradigma capaz de assegurar o *efeito útil* do direito da União, o *princípio da interpretação conforme ao direito da União Europeia* quando o conteúdo dos direitos não seja absolutamente idêntico.

É na interpretação *dos padrões constitucionais* que o direito da União Europeia (e mais especificamente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) deve intervir – e não como parâmetro autónomo de fiscalização – quando é pedida ao Tribunal Constitucional a declaração de *inconstitucionalidade* de normas *nacionais* que se encontrem em contradição com a CDFUE⁸⁷. Cabe ao Tribunal Constitucional garantir a congruência entre os parâmetros «*by seeking to interpret the constitution according to Community law*»⁸⁸. Podendo este, se necessário, formular questões prejudiciais com vista à determinação do sentido exacto do padrão europeu⁸⁹, e aceitando a jurisdição do Tribunal de Justiça nesse domínio⁹⁰.

A interpretação dos parâmetros constitucionais *tem em conta o sentido das normas europeias*, estendendo o propósito de *interpretação conforme* às próprias condições de *restrição* dos direitos fundamentais⁹¹. No fundo, ainda que o parâmetro convocado pelo Tribunal Constitucional na apreciação da *inconstitucionalidade* das normas de direito interno seja a Constituição, «*a reflexão constitucional deixou*

⁸⁷ Neste sentido, cfr. SOLTYS AGNIESZKA, “The obligation to interpret...”, *cit.*, p. 52.

⁸⁸ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “The adaptation of the Portuguese constitutional order to Community law”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 76, 2000, pp. 1-12, p. 8. No mesmo sentido, cfr. MATTIAS KUMM, “The Jurisprudence of Constitutional...”, *cit.*, p. 300 («*this conception can be applied to the interpretation of constitutions in all Member States and the European legal order*»); NEIL MACCORMICK, “The Maastricht-Urteil...”, *cit.*, p. 265 («*National Courts ought not to interpret laws or constitutions without regard to the resolution of their compatriots to take full part in European Union and European Community*»); MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, *cit.*, p. 369.

⁸⁹ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa e a posição dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia”, *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 365-395, p. 376; id., “Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137, n.º 3949, 2008, pp. 239-248, p. 248;

⁹⁰ Cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “Interpreting...”, *cit.*, p. 847 («*They have to accept that the protection of the fundamental values of their legal order may be better achieved by another institution or that the respect owed to the identity of another legal order should lead them to defer to that jurisdiction. This requires courts to both develop instruments for institutional comparison and to set the limits for jurisdictional deference at the level of systemic identity*»).

⁹¹ Cfr.. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “A independência da Comissão Nacional de Protecção de Dados”, *Anuário da Protecção de Dados*, 2020, pp. 9-48, p. 34, nota n.º 91.

de poder ter como quadro exclusivo de referência o horizonte nacional»⁹², assegurando a coerência das ordens jurídicas autónomas e garantindo simultaneamente o cumprimento da ordem constitucional interna e a plena eficácia do direito da União Europeia⁹³.

15. O que dizemos nada tem de novo. É a abordagem que vem sendo seguida pelo Tribunal Constitucional português⁹⁴ e pelos congéneres⁹⁵, com especial clareza nas expressões do Tribunal Constitucional Federal alemão⁹⁶; da Corte Costituzionale italiana⁹⁷ do Tribunal Constitucional espanhol⁹⁸; do Tribunal

⁹² Cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Constitucionalismo...”, *cit.*, p. 29. No mesmo sentido, cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “Three Claims...”, *cit.*, p. 74; DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 796; GERRIT BETLEM, “The Doctrine...”, *cit.*, p. 398.

⁹³ Cfr. DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 796 («By reviewing domestic acts in light of EU law, they accept the task of guaranteeing not only the domestic order’s compliance with the constitution, but also compliance with EU law. Yet formally, they remain subject to a single master, the constitution»); MIGUEL POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, *cit.*, p. 524 («These principles guarantee that the European legal order will both fulfil the aims involved in its pluralist conception and guarantee the harmony between the diversity of legal discourses and forms of European power that such a pluralist conception entails»).

⁹⁴ Cfr. Acórdão n.º 268/2022.

⁹⁵ Neste sentido, cfr. TERESA VIOLANTE, “How the Data Retention Legislation Led to a National Constitutional Crisis in Portugal”, 2022, disponível na internet via <https://verfassungsblog.de/how-the-data-retention-legislation-led-to-a-national-constitutional-crisis-in-portugal/>, consultado em 2022/06/09, p. 4; MIGUEL POIARES MADURO, “Three Claims...”, *cit.*, p. 75.

Aliás, mesmo o Tribunal Constitucional Austríaco, que parece aceitar uma constitucionalização dos direitos constantes da Carta no Acórdão de 14.03.2014 (cfr. *supra*, nota n.º 41), não deixa de postular esta interpretação coerente dos vários padrões: «Der Verfassungsgerichtshof schließt daraus, dass die sich aus den nationalen Verfassungen, völkerrechtlichen Verträgen und der Grundrechte-Charta ergebenden Grundrechte möglichst kohärent auszulegen sind» (§46).

⁹⁶ Acórdão do BVerfG de 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 [Recht auf Vergessen I], §60: «Der Einbettung des Grundgesetzes wie auch der Charta in gemeinsame europäische Grundrechtsüberlieferungen entspricht es vielmehr, dass auch die Grundrechte des Grundgesetzes im Lichte der Charta auszulegen sind»

⁹⁷ Cfr. Sentenza 20/2019: «principi e diritti fondamentali enunciati dalla CDFUE intersecano, come meglio si chiarirà, principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

⁹⁸ Cfr. Sentença do Tribunal Constitucional espanhol n.º 26/2014, no processo que deu lugar ao Acórdão Melloni: «Tanto la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio europeo como la realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y de defensa recogidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta, coincidentes en buena medida, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos que nos permiten delimitar la parte de lo que hemos denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, que es la que despliega eficacia ad extra; esto es, la que permite delimitar

Constitucional checo⁹⁹, do Tribunal Constitucional polaco¹⁰⁰ e do Tribunal Constitucional letão¹⁰¹.

Há, no fundo, uma obrigação de os tribunais nacionais modelarem as suas decisões *em termos europeus*, assegurando uma congruência entre as ordens jurídicas nacional e europeia¹⁰² e garantindo que o nível de protecção atribuído pela

aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que acuerde la entrega por los poderes públicos españoles».

⁹⁹ Cfr. Acórdão de 27 de Março de 2008 (que reitera jurisprudência estabilizada) Pl.ÚS 56/05, *Squeeze-out*, n.º 48: «An obligation arises from Art. 1 par. 2 of the Constitution of the CR for the Constitutional Court, as a state body, of the Czech Republic, to make an interpretation of the constitutional order consistent with European law (see also judgment file no. Pl. ÚS 66/04, no. 434/2006 Coll., in relation to European Union law) in those areas where community law and the legal order of the Czech Republic meet (the undertaking of loyalty under Art. 10 of the TEC)» [tradução oficial]. Neste sentido, ZDENĚK KÜHN, “The Czech Republic: From a Euro-Friendly Approach of the Constitutional Court to Proclaiming a Court of Justice Judgment Ultra Vires”, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law: National Reports*, ed. ANNELI ALBI E SAMO BARDUTZKY, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2019, 795-833, p. 801.

¹⁰⁰ Cfr. a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Polaco feita por SOLTYS AGNIESZKA, “The obligation to interpret...”, *cit.*, pp. 53ss, e por STANISŁAW BIERNAT E MONIKA KAWCZYŃSKA, “The Role of the Polish Constitution (Pre-2016): Development of a Liberal Democracy in the European and International Context”, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law: National Reports*, ed. ANNELI ALBI E SAMO BARDUTZKY, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2019, 745-793, p. 755.

¹⁰¹ Cfr. KRISTĪNE KRŪMA E SANDIJS STATKUS, “The Constitution of Latvia – A Bridge Between Traditions and Modernity”, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law: National Reports*, ed. ANNELI ALBI E SAMO BARDUTZKY, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2019, 951-995, p. 988: «It should be noted that the general approach adopted by the Constitutional Court is one of consistent interpretation. The practice of consistent interpretation has great potential to secure compliance with European and international obligations».

¹⁰² Cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, *cit.*, p. 534 («Uniformity would be further safeguarded, even in light of higher discretionary powers being granted to national courts, by the obligation imposed on national courts to frame their decisions in universal terms and to secure the consistency between any such national decision and the European legal order as a whole»); BRUNO DE WITTE, “Direct effect...”, *cit.*, p. 222 («one should accept that there are inherently different viewpoints, that the search for a perfect hierarchical ordering between legal norms and across legal systems may therefore be futile, and that the relationship between the EU and national legal orders is, and remains, a ‘heterarchical’ one»). É aquilo a que se pode chamar de *cooperative duties* (na expressão de SAMANTHA BESSON, “Sovereignty in Conflict”, *European Integration online Papers*, vol. 8, n.º 15, 2004, 131-190, p. 170) ou de «sophisticated set of EU-member state inter-systemic bridging mechanisms centred around the preliminary reference procedure, which – in a prime example of the management of overlapping autonomies – allows each system virtually seamlessly to claim a persuasive sovereign pedigree for that same corpus» (NEIL WALKER, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *The Modern Law Review*, vol. 65, n.º 3, 2002, 317-359, p. 347)

CDFUE não é comprometido¹⁰³. O que vai bem além do que a mera alusão ao texto europeu como coadjuvante persuasiva: ao invés, a Carta é convocada como padrão de protecção que deve ser alcançado – desde que tal seja *possível*¹⁰⁴ – pela mobilização do catálogo jusfundamental constitucional.

A coexistência de direitos fundamentais plasmados em fontes nacionais e europeias não tem carácter *excludente* ou *conflituante*, podendo almejar-se a coerência de protecção sem reconduzir o parâmetro de fiscalização a apenas um dos catálogos¹⁰⁵.

16. A razão por que assim deva ser não reside apenas na circunstância de se conseguir uma *maior efectividade* do direito europeu¹⁰⁶. Pelo contrário, esta concepção concorre também para a *legitimidade* do processo de integração europeia – mormente na definição dos seus limites jusconstitucionais.

¹⁰³ Acórdãos do TJUE de 26 de Fevereiro de 2013, *Melloni*, C-399/11, n.º 60 e *Åkerberg Fransson*, C-617/10, n.º 29. Foi justamente nesse sentido que o Tribunal Constitucional Federal alemão orientou o seu mandato de interpretação da Constituição *por referência* à Carta: Beschlüsse des BVerfG de 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 (*Recht auf Vergessen I*), §48 («*Allerdings ist dabei dafür Sorge zu tragen, dass das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, nicht beeinträchtigt wird (...). Dies ist bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle am Maßstab der Grundrechte zu berücksichtigen*») e §62, determinando essa interpretação *na medida do possível* («*Eine europa- und Völker-rechtsfreundliche Auslegung, die andere überstaatliche Grundrechtskataloge berücksichtigt und sich von deren Interpretation inspirieren lässt, bedeutet nicht, dass unter Nutzung des offenen Wortlauts der Grundrechte jede Interpretation internationaler oder europäischer Entscheidungsinstanzen und Gerichte zu übernehmen ist*»).

¹⁰⁴ Cfr. os limites do princípio da interpretação conforme, explicitados *supra*. Neste sentido, ZDENĚK KÜHN, “The Czech Republic...”, *cit.*, p. 802.

¹⁰⁵ Neste sentido, cfr. MATTIAS WENDEL, “Das Bundesverfassungsgericht...”, *cit.*, p. 160 («*Das BVerfG geht einen großen Schritt auf den EuGH zu, wenn es nun den europäischen Grundrechtspluralismus im Sinne eines weitreichenden Neben- und Miteinanders von nationaler und europäischer Grundrechtsordnung anerkennt und sein Bemühen um deren wechselseitige Exklusivität aufgibt*») e p. 163 («*Soweit ein Gericht den Rekurs auf die ausländische Rechtsprechung zum Bestandteil der eigenen Entscheidungsgründe macht, braucht die gerichtlich praktizierte Vergleichung nicht auf die Rolle eines hermeneutischen Hilfsmittels oder den Hinweis auf eine externe Fachautorität beschränkt bleiben, sondern kann ihrerseits performativ zu einem transnationalen Prozess der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts beitragen. Im Grundrechtsbereich ist dies von besonderer Bedeutung*»); KOEN LENAERTS, “Exploring the Limits...”, *cit.*, p. 376; MARC BOSSUYT E WILLEM VERRIJDT, “The Full Effect...”, *cit.*, p. 384.

¹⁰⁶ No fundo, «*strong interpretative use of the Charter could achieve similar results (even amounting to a judicially created assumption of equivalent meaning between national human rights protection and the Charter, parallel to the one the Charter itself makes with respect to the ECHR in Article 52 (3))*» – cfr. MICHAL BOBEK, “The Impact...”, *cit.*, p. 305, nota n.º 51.

É certo que esta solução se enlaça de forma particularmente feliz com uma concepção de constitucionalismo pluralista¹⁰⁷. Aquela que, a nosso ver, melhor explica a interação entre ordens jurídicas autónomas integradas no mesmo sistema, tornando-se interdependentes e não hierarquizadas. Garantindo a respectiva *legitimidade*, mediante um equilíbrio estável entre os vários níveis, aceitando – mútua e reciprocamente – a respectiva autoridade¹⁰⁸. E que explica também a cláusula de identidade nacional (n.º 2 do artigo 4.º do TUE, que legitima a actuação de tribunais nacionais *com seus próprios parâmetros*); as condições associadas às normas *de integração europeia* de vários textos constitucionais nacionais (que subordinam a convenção do exercício de poderes em comum ao cumprimento dos princípios constitucionais estruturantes, como sucede no n.º 6 do artigo 7.º da Constituição)¹⁰⁹; ou o próprio princípio do nível de protecção mais elevado, constante do artigo 53.º da CDFUE¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 424, que sublinha que caso surjam conflitos entre os parâmetros, «o remédio para eles deve ser encontrado, de acordo com o modelo pluralista, tanto na Constituição portuguesa e na actividade do seu guardião – o Tribunal Constitucional – quanto na Constituição europeia e na actividade do seu órgão jurisdicional, o Tribunal de Justiça».

¹⁰⁸ Cfr. NEIL MACCORMICK, “Beyond the Sovereign...”, cit., p. 10; id., “The Maastricht-Urteil...”, cit., p. 264; NEIL WALKER, “Constitutional Pluralism...”, cit., pp. 342, 345 e 354; id., “Multilevel Constitutionalism...”, p. 19; id., “The Idea...”, cit., p. 337; MATTIAS KUMM, “The Jurisprudence of Constitutional...”, cit., pp. 267-268; MIGUEL POIARES MADURO, “Three Claims...”, cit., pp. 70 e 72; ARMIN VON BOGDANDY E STEPHAN W. SCHILL, “Overcoming absolute...”, cit., p. 1420; KLEMEN JAKLIC, *Constitutional pluralism...*, cit., p. 81; INGOLF PERNICE, “Multilevel Constitutionalism...”, cit., p. 707; SAMANTHA BESSON, “Sovereignty...”, cit., p. 177.

Em sentido oposto, criticando as fundações do pluralismo constitucional, vide a JULIO BAQUERO CRUZ, *What’s left of the law of integration? – decay and resistance in European Union law*, The collected courses of the Academy of European Law, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 42ss.

¹⁰⁹ Neste sentido, ARMIN VON BOGDANDY E STEPHAN W. SCHILL, “Overcoming absolute...”, cit., p. 1419 («*this provision endorses a pluralistic vision of the relationship between EU law and domestic constitutional law. Article 4(2) should be seen as integrating the thrust of the jurisprudence of numerous domestic constitutional courts on the relationship between EU law and national constitutional law. The revised identity clause in article 4(2) TEU not only demands the respect for national constitutional identity, but can be understood as permitting domestic constitutional courts to invoke, under certain limited circumstances, constitutional limits to the primacy of EU law*») e p. 1421 («*It transpires, for example, in structural safeguard clauses in domestic constitutions final stop the most explicit one is article 23(1)(1) of the German constitution which requires that Germany’s participation in the EU take place in accordance with its core constitutional principles*»).

¹¹⁰ Cfr. KOEN LENAERTS, “Exploring the Limits...”, cit., p. 399: «*In accordance with such a reading, Article 53 of the Charter would be an expression of constitutional pluralism*».

Com efeito, a articulação multinível conduz à irrelevância da questão de saber *quem tem a última palavra*, porquanto a interpretação harmónica dos parâmetros nacional e europeu (associada ao diálogo interjurisdicional entre os Tribunais Constitucionais e o Tribunal de Justiça da UE) levará a uma resposta *coerente* das várias jurisdições em sede jusfundamental¹¹¹. A implicar que a *abertura* das Constituições aos direitos fundamentais garantidos pela Carta signifique uma participação genuína dos tribunais constitucionais no sistema europeu de direitos fundamentais¹¹².

17. Mas este modo de actuar não implica que se aceite o *pluralismo constitucional*, convivendo, de resto, com concepções monistas absolutas ou dualismo absoluto¹¹³. Na verdade, aquela construção não pretende apontar o fundamento

¹¹¹ Cfr. NEIL WALKER, “Constitutional Pluralism...”, *cit.*, p. 338: «*Rather than endorsing one over the other, the coherence of each on its own terms may be acknowledged, including the open-ended capacity of each to absorb the other in its own normative terms. On this detached view, what we are left with when confronting the EU legal configuration is quite unexceptional. It is merely a multiplicity of particular legal systems adjacently positioned, each claiming for its own purposes an exclusive and exhaustive jurisdiction even at the outer boundaries of its normative capacity—a feature of legal-institutional life with which, from the very diversity of sovereign statehood, the world has long been familiar*». No fundo, «*one of the purposes of constitutional pluralism is precisely to legitimate leaving that question open and that, at an empirical level, the fact that the question remains open is a simple description of the constitutional status quo in Europe and only serves to reinforce the value of constitutional pluralism since its articulation of techniques of accommodation of the competing constitutional claims helps decreasing the number of times that the question will pose itself*» (cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “Three Claims...”, *cit.*, p. 73). No mesmo sentido, cfr. MATTIAS KUMM, “The Jurisprudence of Constitutional...”, *cit.*, p. 286; KLEMEN JAKLIC, *Constitutional pluralism...*, *cit.*, pp. 52 e 150; CATARINA SANTOS BOTELHO, “Transnational Constitutional Law”, *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]*, 2020, §20.

¹¹² Neste sentido, referindo-se ao Tribunal Constitucional Federal alemão, cfr. MATTIAS WENDEL, “Das Bundesverfassungsgericht...”, *cit.*, p. 162, citando o Acórdão de 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – [Recht auf Vergessen II], §55 («*Die Permeabilität bzw. Öffnung des Grundgesetzes meint unter diesem Blickwinkel gerade „nicht einen Rückzug der deutschen Staatsgewalt aus der Verantwortung für die der Union übertragenen Materien, sondern sieht vielmehr eine Mitwirkung der Bundesrepublik an deren Entfaltung vor“*»); e MIGUEL POIARES MADURO, “Contrapunctual Law...”, *cit.*, p. 523.

¹¹³ Neste sentido, cfr. MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, p. 116: «*This is true both in dualist and in monist systems. In the context of Community law, consistent interpretation was used as a technique to give effect to Community law in the domestic legal orders by national courts even before the Court of Justice made it part of their Community law mandate, and thus made it compulsory*».

da autoridade do constitucionalismo europeu, mas apenas explicar a sua relação com outras ordens constitucionais (nacional e internacional)¹¹⁴.

Desde logo, porque como *supra* se viu, ainda que se postulasse uma concepção monista – e que isso implicasse a invalidade de normas nacionais contrárias a regras europeias¹¹⁵ –, certo é que as normas europeias expressamente permitem a utilização dos parâmetros nacionais, desde que a sua interpretação conduza ao nível de protecção comunitário¹¹⁶; do mesmo passo, a adopção de uma concepção *dualista* não poria nunca em causa a viabilidade de o sistema *reconhecer* as normas de outras ordens jurídicas e suas pretensões de autoridade¹¹⁷.

Em segundo lugar, porque ainda que a concepção dogmática possa ter efeitos na forma como os Tribunais Constitucionais avaliam o direito da UE¹¹⁸, o

¹¹⁴ Cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “Three Claims...”, *cit.*, p. 68; INGOLF PERNICE, “The Treaty of Lisbon...”, *cit.*, p. 372; MATTIAS KUMM, “The Jurisprudence of Constitutional...”, *cit.*, p. 266. Tal não significa que esta resposta acabe por constituir uma «*forma de limitação e de legitimação do poder e, nesta medida, apresenta-se como uma resposta com sentido*» – RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto...*, *cit.*, p. 279.

¹¹⁵ É discutível a questão de saber se a unidade epistemológica do direito postulada pelo monismo com primado do direito internacional implica sempre e necessariamente a nulidade das normas nacionais que o contradigam, como alerta *id.*, *A Constituição Portuguesa num Contexto...*, *cit.*, p. 266. Em qualquer caso, parece ser a sanção da *nulidade* que informa as palavras de HANS KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 2.^a edição, Mohr, Tübingen, 1928, p. 149: «*Nur wenn man sich auf einen rein staatsrechtlichen Standpunkt stellt und von der Geltung des Völkerrechtes absieht, kann die – nur vom Standpunkt des Völkerrechts diesem zuwiderlaufende, die völkerrechtliche Delegation verletzende und daher ebenso völkerrechtswidrige wie völkerrechtlich nichtige – staatliche Rechtsnorm gültig sein.*»

¹¹⁶ Acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 2013, *Melloni*, C-399/11, n.º 60. Neste sentido, DAVIDE PARIS, “Constitutional courts...”, *cit.*, p. 812: «*the principle of equivalence does not mandate constitutional courts to use EU law as a standard for constitutional review.*»

¹¹⁷ Especificamente no que respeita à compatibilidade com uma concepção dualista, vejam-se as considerações de RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto...*, *cit.*, que sublinha nada impedir que se estabeleçam *relações de reconhecimento* entre os ordenamentos (p. 282) e existir um *compromisso europeu* que as implica (p. 328), até como *dever* (p. 348); e de GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “Recensão a *A Constituição num contexto global*, de RUI MEDEIROS”, *Católica Law Review*, vol. III, n.º 1, 2019, 200-209, que sublinha ser coerente com o “dualismo moderado” a assunção de um *compromisso cosmopolita* (p. 206), que integra o *dever de ponderação* das pretensões de autoridade de outros sistemas (p. 207).

¹¹⁸ Neste sentido, cfr. MONICA CLAES, *The National Courts’ Mandate...*, *cit.*, p. 56; ROSALYN HIGGINS, “Dualism in the Face of a Changing Legal Culture”, *Themes and Theories*, Oxford University Press, 2009, 926-938, p. 927. Terá, pelo menos, influência nas questões de saber qual a fonte de legitimidade da ordem jurídica europeia (cfr. MATTIAS KUMM, “The Jurisprudence of Constitutional...”, *cit.*, p. 266) e de identificar a qual dos sistemas jurídicos se irão buscar as normas disciplinadoras da

princípio da interpretação conforme permite *evitar* o conflito que – numa óptica monista – implicaria o decaimento da norma nacional.

No fundo, a relevância do princípio da interpretação conforme ao direito da União Europeia na fiscalização da constitucionalidade de normas nacionais permite a compatibilidade metodológica com uma concepção constitucional dualista, monista ou pluralista, já que – dentro dos próprios limites do princípio da interpretação conforme ao direito da UE – este logra *prevenir* o conflito normativo e possibilita ao Tribunal Constitucional propiciar a *rede de protecção constitucional*¹¹⁹.

VII. Conclusões

Resta concluir, pois, que a principal decorrência da CDFUE para a fiscalização da constitucionalidade de normas *nacionais* que se encontrem no âmbito de aplicação do direito da União Europeia radica justamente na obrigação de os tribunais constitucionais interpretarem *os próprios parâmetros constitucionais* em conformidade com as normas europeias, *evitando* o conflito normativo pela articulação coerente e pluralista dos parâmetros¹²⁰.

No fundo, dentro dos limites exegéticos do direito nacional, os direitos fundamentais assegurados pelo catálogo europeu (dentro do seu âmbito de aplicação) estão compreendidos pelos catálogos nacionais¹²¹, sem que isso implique necessariamente a substituição do parâmetro de fiscalização da constitucionalidade.

É deste modo, e não pela supremacia hierárquica que nenhuma das ordens jurídicas tem sobre a outra, que se assegura a *rede de protecção constitucional*¹²², permitindo ao Tribunal Constitucional contribuir para um padrão coerente de protecção de direitos fundamentais quando lhe é pedida a fiscalização da validade de uma norma interna, por referência à Constituição.

relevância interna do direito europeu (cfr. RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto...*, cit., p. 264).

¹¹⁹ Neste sentido, cfr. id., *A Constituição Portuguesa num Contexto...*, cit., p. 365: «numa ordem constitucional como a portuguesa, comprometida com um Estado cosmopolita, justifica-se a busca de respostas que evitem o agravamento dos conflitos e potenciem a coexistência harmoniosa entre os diferentes sistemas».

¹²⁰ Cfr. KOEN LENAERTS, “Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, cit., p. 376: “the Charter also serves as an aid to interpretation, since both EU secondary law and national law falling within the scope of EU law must be interpreted in light of the Charter”.

¹²¹ Cfr. MATTIAS WENDEL, “Das Bundesverfassungsgericht...”, cit., p. 161.

¹²² JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 79: «os problemas de hierarquia ou primazia das normas europeias e nacionais não deixam de colocar-se, mas são resolvidos de uma forma mais discreta e menos confrontacional, através de um discurso mais pragmático, orientado para uma ideia de paridade constitucional tendencial».

É, pois, essa a missão que cabe ao Tribunal Constitucional concretizar, em execução do comando do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição: os princípios da efectividade e da cooperação leal implicam que o efeito útil do direito da União se não confine às hipóteses de actuação do princípio do primado, antes alastrando a toda a actividade dos órgãos jurisdicionais nacionais¹²³. E, desse modo, também nos momentos em que são chamados a ajuizar da validade de normas nacionais por referência ao seu parâmetro legitimador.

¹²³ Cfr. JOSEPHINE STEINER, et al., *EU Law, cit., cit.*, p. 7: «*The obligation on Member states to ensure the full effectiveness of Community law requires national courts not only to 'disapply' the offending national law but also to supply a remedy which is not available under national law*».