

Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro

VOLUME I
DIREITO CONSTITUCIONAL

2019

Tribunal Constitucional

A admissibilidade dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas de Regulamentos da União Europeia

AFONSO PATRÃO

Assessor do Gabinete do Presidente do Tribunal Constitucional.
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

MARIANA CANOTILHO

Assessora do Gabinete do Presidente do Tribunal Constitucional.
Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Professora Auxiliar Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho

I. O Problema

A questão que pretendemos debater é a de saber como deve o Tribunal Constitucional actuar perante um pedido de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas constantes de um Regulamento da União Europeia que, atenta a sua aplicabilidade directa¹ e auto-suficiência normativa (dispensando por isso qualquer outra regulamentação nacional), podem constituir *ratio decidendi* de uma decisão proferida por um tribunal português. Com efeito, porque a Constituição garante a fiscalização da constitucionalidade de *norma* cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (artigo 280º da Constituição), é conjecturável

¹ Como é sabido, a aplicabilidade directa dos Regulamentos da União Europeia é estabelecida pelo artigo 288º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e recebida pelo nº 3 do artigo 8º da Constituição. Traduz-se na desnecessidade de qualquer acto nacional de recepção como condição de vigência na ordem jurídica interna: a mera reunião das condições de validade e eficácia dos Regulamentos implica a incorporação na ordem jurídica interna. Cfr. RUI MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 84; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 8ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 307.

que um recorrente questione a conformidade constitucional de uma *norma europeia*².

Esta eventualidade levanta o problema de saber se tem o Tribunal Constitucional jurisdição para este controlo ou se, porque o referente de validade das normas europeias radica no próprio direito da União Europeia – *maxime* o seu direito originário –, tal inviabiliza a aceitação do recurso. O problema põe-se com maior acuidade se o recorrente fundar o recurso de constitucionalidade na violação, pela norma europeia, de um dos *princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático* que, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, habilita a derrogação da aplicação do direito da União Europeia *nos termos definidos pelo Direito da União Europeia*.

Como se percebe, a questão que se põe não é meramente de *cognição* – isto é, de saber se se preenchem os pressupostos processuais de admissibilidade – mas de *jurisdição* no que tange à apreciação da conformidade de regras

² Gostaríamos de deixar duas notas a propósito do objecto deste trabalho.

Em primeiro lugar, apesar de colocarmos o problema a propósito de normas de Regulamentos da UE, a questão pode igualmente pôr-se perante normas de direito derivado dotadas de efeito directo (por exemplo, de directivas não transpostas) e capazes, por isso, de fundamentar decisões judiciais nacionais (CARLOS BOTELHO MONIZ, “A Constituição da República Portuguesa e a participação de Portugal na União Europeia”, *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Universidade Católica Editora, Porto, 1998, pp. 1225-1247, p. 1243). Excluimos, todavia, a análise do *direito originário*, já que este, face à sua sustentação em Tratados internacionais, poderá ter resposta constitucional diversa, atenta (desde logo) a sua sujeição à fiscalização preventiva (art. 278.º da Constituição) – NUNO PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177.º do Tratado CEE*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 86; MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 418.

Em segundo lugar, importa frisar que o problema que concitamos sucederá com maior probabilidade em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade – porquanto é conjecturável que certo sujeito interponha recurso para o Tribunal Constitucional alegando a desconformidade da norma europeia aplicada pelo tribunal *a quo* com a Constituição – embora academicamente se pudesse pôr em termos próximos em sede de fiscalização abstracta sucessiva, o que implicaria necessariamente efeitos diferentes daqueles que, via de regra, são cometidos a tais decisões – 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. 58; NUNO PIÇARRA, *O Tribunal...*, p. 89.

europeias *aplicadas por tribunais nacionais* com a Constituição portuguesa³. Importa determinar quais os poderes do Tribunal Constitucional quanto ao controlo de normas de direito derivado da UE directamente aplicáveis na ordem jurídica interna porque disso depende a conduta a adoptar naquela eventualidade.

II. Regime jurídico da aplicação e do controlo de validade dos Regulamentos da União Europeia: recepção constitucional

Os Regulamentos da União Europeia, atenta a sua natureza de *direito derivado da União Europeia*, têm a sua validade parametrizada pelo próprio Direito da União Europeia – *maxime* o direito europeu originário, que assume as vestes de Carta Constitucional do Direito da União Europeia⁴. Esta é, aliás, uma das facetas do *princípio da autonomia do Direito da União*

³ Não trataremos, por isso, da questão de saber se a desconformidade de normas nacionais com regras europeias deve ser vista como inconstitucionalidade. Sobre este problema, 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. 310; 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. 824; MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8º, nº 4, da Constituição Portuguesa”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 295-331, pp. 305ss; 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; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado do Direito da União”, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*, 3ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 41-91, p. 60.

⁴ Vide RUI MOURA RAMOS, *Das Comunidades...*, p. 73; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 278; 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. 471; ALESSANDRA SILVEIRA, “Constituição, Ordenamento e aplicação de normas europeias e nacionais”, *Polis – Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, nº 17, 2008, pp. 65-84, p. 70; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual de Direito Europeu*, O sistema institucional, a

Europeia, porquanto apesar da integração na ordem jurídica interna, a sua matriz mantém-se distinta do direito nacional, conservando os seus próprios referentes de validade⁵.

Ora, nos termos do direito da União Europeia, o Tribunal de Justiça assume competência exclusiva para a declaração de invalidade das normas de direito derivado: por um lado, o recurso de anulação, enquanto mecanismo judicial primordialmente dedicado à apreciação da validade dos actos jurídicos de direito derivado, é exclusivamente cometido ao Tribunal de Justiça (artigo 263º TFUE); por outro, quando órgãos jurisdicionais nacionais pretendam decretar a invalidade (e provocar a desaplicação) de uma norma de Regulamento da UE, devem suscitar obrigatoriamente um reenvio prejudicial de validade e relegar tal decisão ao Tribunal de Justiça, não se lhes reconhecendo competência para declarar a invalidade dos actos das Instituições e provocar a sua desaplicação⁶.

ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia, 7ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 297; MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, p. 420.

⁵ Cfr. RUI MOURA RAMOS, *Das Comunidades...*, p. 100; JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, “Direito comunitário e direito interno: decisão da Comissão baseada no artigo 21º do Regulamento sobre o controlo das concentrações – O «caso Champalimaud»”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 29, 2001, pp. 18-35, p. 29; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 340; ROBERTO MASTROIANNI, “Ordre juridique national et règles communautaires et de l’Union européenne. La position de la Cour constitutionnelle italienne”, *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, nº 4, 2007-2008, pp. 677-695, p. 678.

⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1987, *Foto-Frost*, proc- 314/85, § 20: “os órgãos jurisdicionais nacionais não são competentes para declarar a invalidade dos actos das instituições comunitárias”. Neste sentido, 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. 372; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 420; NUNO PIÇARRA, “A justiça...”, p. 476; 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, §. 38; CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade do direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional Português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 221-255, p. 224; INÊS QUADROS, “Princípio da uniformidade na interpretação e aplicação do direito da União – Comentário ao Acórdão Foto-Frost”,

Este sistema jurídico – que atribui à própria ordem jurídica europeia o controlo da validade dos seus actos – é particularmente relevante pelo facto de o direito da União Europeia ser aplicado, em larga medida, pelos órgãos jurisdicionais *nacionais* que, assim, devem formular ao Tribunal de Justiça uma questão de validade sempre que entendam que o acto europeu aplicável ao caso decidendo contraria o direito primário da União Europeia. O que assume relevância, sobretudo, pelo facto de *nos termos do direito da União Europeia*, em caso de conflito entre norma nacional e uma norma europeia *directamente aplicável*, esta ter aplicação preferente (Princípio do Primado do Direito da União Europeia)⁷, qualquer que seja a fonte da norma nacional conflituante (mesmo constitucional)⁸ e sem ceder perante normas nacionais apenas temporariamente vigentes⁹. Aplicação essa que não envolve,

Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial, 3ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 238-252, p. 242; ALESSANDRA SILVEIRA, “Constituição...”, p. 74; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 431; 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. 119.

⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964, *Costa c. ENEL*, proc. 6/64; Acórdão de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, proc. 106/77, nº 17; Declaração nº 17 Anexa à Acta Final da Conferência Intergovernamental que adoptou o Tratado de Lisboa.

⁸ Essa obrigação é cometida a todos os tribunais nacionais (incluindo o Tribunal Constitucional) e, nos termos do direito da UE, *mesmo em confronto com as normas constitucionais nacionais* – cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.11.2009, *Krzysztof Filipiak*, proc. C-314-08, nºs 81 a 85. *Vide* RUI MOURA RAMOS, “O Tratado...”, p. 380; 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, p. 674; ANA MARIA GUERRA MARTINS E MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível...”, p. 15; MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados...”, p. 296; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado... (2013)”, pp. 53 e 80, e “Princípio do Primado do Direito da UE”, *Enciclopédia da União Europeia*, ANA PAULA BRANDÃO, et al., Petrony, Lisboa, 2017, pp. 339-342, p. 340; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 365; FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado do Direito da União Europeia: Fundamento e Limites”, *Constitucionalismo europeu em crise? Estudos sobre a Constituição Europeia*, ANA MARIA GUERRA MARTINS, AAFDL, Lisboa, 2006, pp. 163-235, p. 167; THOMAS BEUKERS, “The Winner Wetten Case”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1985-2004, p. 1991

⁹ No Acórdão Tribunal de Justiça de 8.09.2010, *Winner Wetten GmbH*, proc. C-409/06, nº 67, o Juiz comunitário analisava a compatibilidade, com as regras europeias, de uma norma nacional que havia sido declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional

como é sabido, uma invalidação da norma interna, porquanto o Tratado “*renunciou ao paradigma da pirâmide*”¹⁰, resolvendo os conflitos entre normas ao nível da sua aplicação e não através de um juízo de validade¹¹. No fundo,

Alemão mas por este mantida provisoriamente vigente. Verdadeiramente, o que o juiz *a quo* perguntava era se, em casos excepcionais e temporalmente determinados (*in casu*, para evitar vácuo jurídico), o princípio do primado autorizaria a aplicação daquela regra – JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN, “Primacía y efecto de exclusión del derecho nacional: a la búsqueda del equilibrio entre las exigencias del derecho de la Unión y el respeto de la autonomía procesal de los Estados Miembros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 38, 2011, pp. 212-220, p. 212. Ora, recuperando a fórmula *Simmenthal*, o Juiz Europeu reafirmou o carácter absoluto e incondicional do princípio do primado, opondo-se mesmo à aplicação temporária de regras nacionais incompatíveis com normas europeias (cfr. THOMAS BEUKERS, “The Winner...”, p. 1989).

¹⁰ Cfr. NUNO PIÇARRA, “A justiça...”, p. 479. *Vide*, ainda RUI MOURA RAMOS, “O Tratado...”, p. 372, e *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 92; J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 226; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 338, e “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 nº 91*, Vol. III, 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, 2008, pp. 317-371, p. 326; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, 3ª Edição, Gestlegal, Coimbra, 2018, pp. 71 e 270; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União...”, p. 704, e “O Tratado de Lisboa e o teste da «identidade constitucional» dos Estados-Membros – uma leitura prospectiva da decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de Junho de 2009”, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 117-140, p. 129; 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*, nº 1, 2009, pp. 9-56, p. 16; ANA MARIA GUERRA MARTINS E MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível...”, p. 15; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado... (2013)”, p. 68, e “Princípio do Primado... (2017)”, p. 339; ALESSANDRA SILVEIRA, “Constituição...”, p. 80; THOMAS BEUKERS, “The Winner...”, p. 1993.

¹¹ A *desaplicação da norma nacional* como efeito do princípio do primado decorre não só dos arestos que desvelaram este cânone (cfr. Acórdão *Costa c. ENEL*, cit.; Acórdão *Simmenthal*, cit., nº 17) como se mantém em jurisprudência constante, que se refere expressamente à inaplicabilidade do direito interno (Acórdão do Tribunal de Justiça de 5.10.2010, *Elchinov*, proc. C-173/09, nº 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

e adoptando aqui a terminologia do Tribunal Constitucional Espanhol, o que o direito da União Europeia estabelece é a sua *primazia* mas não a sua *supremacia*: trata-se de uma preferência na aplicação entre dois ordenamentos jurídicos *autónomos* e não uma qualquer causa de invalidade ou inexistência de direito nacional¹².

A Constituição dá guarida plena a este sistema no nº 4 do seu artigo 8º¹³. De facto, a Constituição estabelece que a aplicação do direito da União

nacional”; Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.11.2009, *Krzysztof Filipiak*, proc. C-314-08, nº 83 – “o Tribunal de Justiça já declarou 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”) e num “efeito de exclusão exercido por uma norma de direito da União directamente aplicável em face do direito nacional a ela contrário” (Acórdão do Tribunal de Justiça de 8.09.2010, *Winner Wetten GmbH*, proc. C-409/06, nº 67).

¹² Assim sintetizou o Tribunal Constitucional Espanhol na Declaração nº 1/2004, de 13 de Dezembro de 2004: “*La proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución. Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, 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, 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*”. Sobre a decisão, cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, p. 340.

¹³ Também não é despidianda a posição de favor à integração europeia expressa no nº 6 do artigo 7º, como sublinham MARIA HELENA BRITO, “Relações...”, p. 303, e FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...”, p. 198. Todavia, e à semelhança do que sucedeu na ordem jurídico-constitucional italiana (em que cláusula europeia similar foi introduzida em 2001), não é esta a norma decisiva no que concerne ao relacionamento com a ordem jurídica interna – cfr. ROBERTO MASTROIANNI, “Ordre juridique...”, p. 689; JOËL RIDEAU, “La Cour constitutionnelle italienne et les rapports entre l’ordre juridique italien et le droit de l’Union européenne. Autonomie ou intégration?”, *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, nº 4, 2007-2008, pp. 697-705, p. 702.

Europeia (originário e derivado) é feita “*nos termos definidos pelo direito da União*”, o que legitima não só a primazia aplicativa sobre o direito interno¹⁴ como a exclusividade de jurisdição do Tribunal de Justiça na apreciação da validade do direito derivado europeu.

Na verdade, ainda que aquela norma constitucional se dirija primordialmente ao problema da *aplicação do direito da União* – e não directamente à competência para o seu controlo –, a sua formulação implica que a fiscalização das normas de direito derivado ocorra nos *termos definidos pelo direito da União Europeia*: a não ser assim – isto é, a ser permitido o controlo da validade do direito derivado europeu pelos tribunais nacionais – permitir-se-ia que autoridades judiciais nacionais recusassem a aplicação do direito europeu com fundamento na sua invalidade, o que prejudicaria a *aplicação do direito da União* talqualmente definida nos *termos definidos pelo direito da União Europeia*. A ordem jurídica comunitária determina, ao invés, que a desaplicação de regras europeias apenas possa ter lugar por decisão do Tribunal de Justiça da UE¹⁵.

Em consequência, não cabe *em regra* ao Tribunal Constitucional aferir da validade de normas de direito da União directamente aplicáveis, devendo provocar reenvio prejudicial quando propenda para a sua invalidade. O Direito da UE é aplicado *nos termos do direito da União* (8º/4, 1ª parte) e este

¹⁴ A sua formulação destinou-se a “*facilitar a recepção do então previsível artigo I-6º da Constituição Europeia*”, que plasmava o princípio do primado (MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 392. Cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional...”, p. 822, e RUI MOURA RAMOS, “Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137, nº 3949, 2008, pp. 239-248, p. 247; ANA MARIA GUERRA MARTINS E MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível...”, p. 14; MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados...”, p. 313); CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade...”, p. 223; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado... (2013)”, p. 57 e “Princípio do Primado... (2017)”, p. 341.

¹⁵ No fundo, a *ratio legis* da atribuição de competência exclusiva ao Tribunal de Justiça para concluir pela invalidade do direito derivado da UE – e, assim, determinar a sua desaplicação – é justamente a garantia da uniformidade na aplicação do direito da UE. Cfr. RUI MOURA RAMOS, “Reenvio Prejudicial e Relacionamento entre Ordens Jurídicas na Construção Comunitária”, *Das Comunidades à União Europeia – Estudos de Direito Comunitário*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 213-237, p. 105; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 391; CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade...”, p. 224; FAUSTO DE QUADROS E ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 89; NUNO PIÇARRA, *O Tribunal...*, p. 23; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Um Supremo...”, p. 119; JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, “Direito comunitário...”, p. 33.

consagra o Reenvio Prejudicial como mecanismo próprio para provocar a desaplicação de normas de Regulamentos Europeus¹⁶.

Compreende-se que assim seja. Atenta a *autonomia* do Direito da União Europeia e a garantia de congruência material entre a ordem jurídica europeia e a ordem jurídica nacional quanto aos princípios constitucionais fundamentais – pois aquela alimenta-se desta¹⁷ e esta é interpretada conformemente àquela¹⁸, gerando-se uma “*rede de protecção constitucional*”¹⁹ – nada obsta, *em regra*, a que a ordem jurídica europeia, ainda que integrada no ordenamento interno, conheça o seu sistema próprio de controlo judicial enquanto condição da uniformidade na sua aplicação, desde que os princípios constitucionais fundamentais sejam suficientemente protegidos²⁰.

Dito de outro modo: face ao propósito de aplicação uniforme do direito da UE, e tendo em conta a *tendencial* homogeneidade dos padrões

¹⁶ Na síntese do Tribunal Constitucional Espanhol (Declaração nº 1/2004, de 13 de Dezembro de 2004), “*Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla*”. Igualmente, cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 81; MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, p. 423. Note-se que não é hoje controversa a sujeição do Tribunal Constitucional ao processo de reenvio, como aliás o próprio já admitiu no Acórdão nº 163/90. Cfr. JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, LUÍS MIGUEL PAIS ANTUNES E NUNO PIÇARRA, “*Droit constitutionnel et droit communautaire: le cas portugais*”, *Rivista di Diritto Europeo*, Anno XXXI, nº 2, 1991, pp. 301-310, p. 305.

¹⁷ Como é sabido, o Tratado da União 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*” (art. 6º/3 TUE) e a União Europeia está ela própria vinculada à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. É essa a “*contrapartida do princípio do primado*” – DIOGO FREITAS DO AMARAL E NUNO PIÇARRA, “*O Tratado...*”, p. 25. É a tutela *multinível* dos direitos fundamentais a que se referem ANA MARIA GUERRA MARTINS E MIGUEL PRATA ROQUE, “*A tutela multinível...*”.

¹⁸ Cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, pp. 398-400; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 563ss; SOFIA OLIVEIRA PAIS, “*Princípio da Interpretação Conforme*”, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*, 3ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 93-107,

¹⁹ NUNO PIÇARRA, “*A justiça...*”, p. 488.

²⁰ Neste sentido, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 395; MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, p. 423.

constitucionais nacional e europeu, a competência exclusiva do Tribunal de Justiça não só garante a coerência aplicativa do direito europeu como não causará, *em regra*, qualquer dano ao ordenamento jusconstitucional interno, face à existência de valores fundamentais comuns aos dois ordenamentos (para que muito contribuiu a adopção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). No fundo, o primado aplicativo do direito da União e a exclusividade do Tribunal de Justiça na fiscalização do direito derivado são possíveis graças ao paralelismo constitucional de valores entre as duas ordens jurídicas, que torna *suficiente* a intervenção do Juiz comunitário na tutela dos valores fundamentais dos Estados-Membros²¹.

III. A parte final do artigo 8º/4 da Constituição: a derrogação do regime *regra* na aplicação do direito europeu e o controlo dos «*princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático*»

Sendo certo que a resposta constitucional portuguesa se caracteriza, assim, pela aceitação do regime de aplicação do direito europeu definido pelo próprio direito da União Europeia, e à semelhança do que sucede na generalidade dos Estados-Membros, consagra-se uma limitação a este regime. Na verdade, a generalidade dos Tribunais Constitucionais nacionais vem traçando “*limites ou fronteiras que consideram inultrapassáveis*”²², ideia a que o legislador constituinte português de 2004 foi sensível.

²¹ Vide FAUSTO DE QUADROS, “Constituição europeia e Constituições nacionais”, *O Direito*, Ano 137, 2005, pp. 697-698, p. 693 (que frisa a inspiração do Tribunal de Justiça se inspirar nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros – artigo 6º/3 TUE); DIOGO FREITAS DO AMARAL E NUNO PIÇARRA, “O Tratado...”, p. 25; 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; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, pp. 82ss; JORGE MIRANDA, “A «Constituição Europeia» e a ordem jurídica portuguesa”, *O Direito*, Anos 134º e 135º, 2002-2003, pp. 9-29, p. 12; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União...”, p. 683; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Um Supremo...”, p. 132; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, p. 371; ROBERTO MASTROIANNI, “Ordre juridique...”, p. 691; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 2000, pp. 379ss.

²² MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 368. Na expressão de BESSELINK, *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, 2007, p. 10, “it is certain that total and unconditional precedence of EC law over national law does not exist in the constitutional reality of

Europe”. No mesmo sentido, J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 267; MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados...”, pp. 297ss; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Princípio do Primado... (2013)”, p. 54; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União...”, p. 704; JOËL RIDEAU, “La Cour constitutionnelle...”, p. 699.

Assim, o *Bundesverfassungsgericht* subordinou a sua autolimitação no controlo do direito europeu à condição de a União Europeia não ultrapassar os limites das competências que lhe haviam sido cedidas nem o núcleo fundamental da protecção dos direitos fundamentais tal como definido na Constituição alemã (cfr. Beschluss vom 29. Mai 1974 · Az. 2 BvL 52/71 – *Solange I*; Beschluss vom 22.10.1986, Az.: 2 BvR 197/83 – *Solange II*; Beschluss vom 07. Juni 2000 – 2 BvL 1/97 – *Bananas*; Urteil vom 30.06. 2009 – 2 BvE 2/08 – *Lissabon*). Cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Tratado...”, p. 373; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado de Lisboa e o teste...”; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *ibidem*, p. 87; FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...”, p. 173; PAOLO MENGOSZI, “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. 830.

Igualmente, a *Corte Costituzionale* italiana declarou logo em 1973, no Acórdão *Frontini* (nº 183/1973) que a Constituição italiana autorizava as limitações de soberania necessárias à paz e à convivência; todavia, sublinhou que *deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*”, estabelecendo pois uma reserva à aceitação do modelo aplicativo da UE. Igualmente no Acórdão *Granital* (nº 170/1984), referindo-se à lei de execução do Tratado, reafirmou que aquela se sujeitaria “*al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana*”; e no Acórdão nº 348/2007 declarou que «*Con l’adesione ai Trattati comunitari, l’Italia è entrata a far parte di un “ordinamento” più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell’intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione*» (sublinhado nosso). E, aliás, foi sugerida na 3ª questão prejudicial apresentada o Tribunal de Justiça no caso *Taricco II* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 2017, proc. C-42/17 [Taricco II]), quando se referiu justamente aos “*aos princípios supremos da ordem constitucional do Estado-Membro ou aos direitos inalienáveis reconhecidos pela Constituição do Estado-Membro*”. Vide ROBERTO MASTROIANNI, “Ordre juridique...”, p. 689; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 371; NUNO PIÇARRA, *O Tribunal...*, p. 28; FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...”, p. 175.

Também em Espanha, ao lado da conclusão de que o parâmetro de controlo de validade do direito europeu não é a Constituição Espanhola se declara, como excepção, “*si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus*

Se, por força do artigo 8º/4, *primeira parte*, é vedado aos tribunais nacionais o controlo da validade do direito da União Europeia – porquanto a aplicação deste é feita *nos termos definidos pelo direito da União Europeia* e este comete tal responsabilidade exclusivamente ao Tribunal de Justiça da UE –, a parte final da norma contida no artigo 8º/4 vem criar uma *exceção* à primazia aplicativa do direito europeu e à competência exclusiva do Tribunal de Justiça. Com efeito, o inciso final estabelece que a aplicação do direito europeu se faz “*com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”²³,

principios y valores básicos. (...) Esa interpretación debe partir del reconocimiento de que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución” (Declaração do Tribunal Constitucional Espanhol 1/2004, de 13 de Dezembro de 2004).

Do mesmo modo, na República Checa o princípio do primado foi entendido como tendo o limite da “*the very essence of State sovereignty of the Czech Republic or the essential attributes of a democratic State governed by the rule of law*” (Decision of 8 March 2006, case Pl. ÚS 50/04) – cfr. THOMAS BEUKERS, “The Winner...”, p. 1992; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, p. 360. Em França, o *Conseil Constitutionnel* defendeu que a obrigação de transpor uma directiva cessaria “*en raison d’une disposition expresse contraire de la Constitution*” (Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004) ou “*d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France*” (Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006), reivindicando um poder (não exercido) de poder vir a actuar em tais situações limite – cfr. CHLOÉ CHARPY, “The Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order: The recent Case-Law of the *Conseil Constitutionnel* and the *Conseil d’Etat*”, *European Constitutional Law Review*, vol. 3, 2007, pp- 436-462., especialmente pp. 443-445.

²³ Existe ainda uma segunda condição: que a União não haja ultrapassado os limites das suas competências, como é expressamente determinado na regra constitucional em causa (cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados...”, p. 320; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 80; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Um Supremo...”, p. 122), em linha com o decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão no Acórdão relativo ao Tratado de Lisboa (Urteil vom 30.06. 2009 – 2 BvE 2/08 – *Lissabon*) (CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, O Direito do Contencioso Constitucional, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 656). Em sentido contrário, entendendo que não cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais o controlo da competência europeia, cfr. VITAL MOREIRA, “A CRP

ressalvando a aplicação do direito europeu tal como definido pelo próprio direito da União: sempre que estejam em causa os “*princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”, cessa a regra *supra* exposta.

Quer isto dizer que em face de uma norma europeia cuja aplicação faça perigar aqueles cânones, expira a autorização constitucional para o princípio do primado do direito da União Europeia, já que a aplicação do direito europeu não pode pôr em causa aquele reduto constitucional²⁴. E quer dizer também que, por outro lado, deixa de se receber o modelo de controlo da validade do direito derivado *tal como definido pelo Direito da União Europeia*: ainda que certa norma de um Regulamento Europeu veja a sua validade confirmada pelo Tribunal de Justiça, não está legitimada a sua mobilização por um órgão jurisdicional nacional se essa aplicação implicar a transgressão dos cânones mais fundamentais da ordem jurídica constitucional.

De outro modo: a Constituição aceitou o modelo aplicativo do direito da União Europeia – quer na sua vertente de primazia aplicativa, quer em sede de controlo da respectiva validade – não sem antes estabelecer uma *reserva*. O direito da União Europeia *não será aplicado nos termos definidos pelo próprio direito da União* quando daí resulte a violação dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático: sendo certo que o problema é

e a União Europeia”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. I, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2016, pp. 869-926, p. 890.

Independentemente da querela, e como explicitámos *supra*, o nosso estudo circunscreve-se ao problema do controlo do limite *material* contido no inciso final do artigo 8º/4 da Constituição.

²⁴ Assim, se a primazia aplicativa do direito da União Europeia existirá mesmo perante normas constantes da Constituição, a verdade é que nas “*situações-limite em que se afigure existir uma inultrapassável violação dos princípios do Estado de direito democrático, por se apresentar impossível, pelos mecanismos hermenêuticos disponíveis, uma solução de concordância prática entre os dois ordenamentos jurídicos*”, cessa aquele primado (MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 395; no mesmo sentido, PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *O Princípio do Primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-Membros*, Principia, Cascais, 2005, p. 180). O que autoriza a conclusão segundo a Constituição reconhece ao Direito da União uma *pretensão de eficácia*, a que pode impor limites (MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados...”, p. 319; RUI MEDEIROS, “Internacionalismo defensivo e compromisso europeu na Constituição Portuguesa”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, JORGE MIRANDA, et al., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 649-667, p. 663; NUNO PIÇARRA, “A justiça...”, p. 480).

sobretudo académico – pois a aceitação do modelo aplicativo do direito da União Europeia dependeu de um *tendencial* paralelismo jusconstitucional na tutela dos valores fundamentais – previu-se eventualidade de, em situações-limite, rejeitar a suficiência da actuação do Tribunal de Justiça no controlo do direito europeu derivado.

Esta reserva aproxima-se da teoria dos contra-limites (limites às limitações de soberania), desenvolvida pelo Tribunal Constitucional italiano e patente na jurisprudência de várias jurisdições constitucionais traçando reservas à eficácia normal do direito da União²⁵. É, aliás, um dos raros casos em que o diálogo jurisdicional com o Tribunal de Justiça se faz directamente com os Tribunais Constitucionais²⁶. Nestes termos, a conclusão que afirmamos *supra* (segundo a qual não cabe ao Tribunal Constitucional o controlo de normas de fonte europeia) não vigora necessariamente se as normas em

²⁵ Vide a jurisprudência que citámos na nota nº 19. Neste sentido, MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados...”, p. 318, e VITAL MOREIRA, “A CRP e a União...”, p. 882. Sobre contra-limites, em particular nos cenários constitucionais da Europa do Sul, cfr. S. GAMBINO, “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales y integración europea” in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 18, Julho-Dezembro, 2012, disponível em http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/02_GAMBINO.htm; P. CRUZ VILLALÓN, “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, in *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Tomo I, Giuffrè Editore, Roma, 2015 p. 739-742; A. BERNARDI (org.), *I Controlimiti: Primato delle Norme Europee e Difesa dei Principi Costituzionali*, Jovene Editore, 2017; FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, “A relação dialéctica entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu”, in *UNIO – EU Law Journal*. vol. 3, nº 1, janeiro 2017, p.10-24; e, por fim, S. ROMBOLI “Los contra-límites en serio” y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la corte constitucional italiana”, in *Revista de derecho constitucional europeo*, nº . 28, Junho-Dezembro 2017, disponível em https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/06_S_ROMBOLI.htm.

²⁶ Cfr. MARCO DANI, “National Constitutional Courts in supranational litigation: a contextual analysis”, *European Law Journal*, vol. 23, 2017, pp. 189-212, p. 195; THOMAS BEUKERS, “The Winner...”, p. 1985; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, p. 339 (que alude a uma *reserva de intervenção* do juiz constitucional, em casos limitados); MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado de Lisboa e o teste...”, p. 118. Na verdade, é justamente esse o cerne do problema na saga *Taricco* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2015, *Taricco*, proc. C-105/14; Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 2017, *M.A.S e M. B. (Taricco II)*, proc. C-42/17), embora aí se não ponha o problema sobre que nos debruçamos – admissibilidade de fiscalização da constitucionalidade do direito derivado da UE).

causa estiverem em contradição com aquele núcleo essencial ou irreduzível da Constituição²⁷.

Assim, o problema que se põe é de ordem prática. É conjecturável que, invocando a desconformidade de certa norma constante de um Regulamento europeu com os princípios fundamentais do Estado de direito democrático, certo sujeito solicite ao Tribunal Constitucional o julgamento da inconstitucionalidade daquela regra *por transgressão daquele reduto constitucional*, visando, por isso, a desaplicação da norma europeia. Sobretudo pelo facto de, necessariamente, caber, com exclusividade, ao Tribunal Constitucional a definição dos *princípios fundamentais do Estado de direito democrático* e, por isso, a sua eventual violação pela norma europeia²⁸. Ora, em tal circunstância²⁹, deverá o Tribunal Constitucional aceitar um recurso de constitucionalidade sobre norma constante de regulamentos europeus, com vista a determinar se a eventual violação do reduto constitucional pode implicar, eventualmente, a não aplicação do regime constante na primeira parte do artigo 8º/4?

O Tribunal Constitucional nunca tomou posição, ainda que a questão já tenha sido suscitada. Em algumas decisões, o Tribunal não se pronunciou sobre o problema pelo facto de se não verificarem os pressupostos

²⁷ Isto é, como bem realça MARIA LUÍSA DUARTE a propósito do Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão relativo ao Tratado de Lisboa, a excepção estabelecida à recepção do modelo aplicativo tem efeitos não só no *primado* como também na *competência exclusiva do Tribunal de Justiça* (“O Tratado de Lisboa e o teste...”, p. 129).

²⁸ Sublinhando ser o Tribunal Constitucional o intérprete dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional...”, p. 825, e “O Constitucionalismo...”, p. 48; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado de Lisboa e o teste...”, p. 137; ANA MARIA GUERRA MARTINS E MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível...”, p. 38; MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados...”, p. 318 (que conclui, por isso, ser a transgressão daqueles por regras europeias uma “*inconstitucionalidade material de normas europeias com título de eficácia*” [p. 323]); JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “O Tribunal Constitucional...”, p. 1376 (que, escrevendo antes da Revisão Constitucional de 2004, sugeria a identificação do núcleo irreduzível da Constituição – ao qual se deveria restringir o controlo do Tribunal Constitucional das normas europeias – com os limites materiais de revisão); CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade...”, p. 250; RUI MEDEIROS, “Internacionalismo...”, p. 664; FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...”, p. 177; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *O Princípio do Primado... (2005)*, p. 179.

²⁹ Como sublinha MOURA RAMOS, “*o problema só se coloca face a uma eventual violação dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático*” – cfr. “O Tribunal Constitucional...”, p. 807, nota 71.

processuais de que dependeria a admissão do recurso de constitucionalidade³⁰; em outro aresto, incidindo apenas sobre normas de fonte nacional, o Tribunal Constitucional referiu-se em *obiter dictum* à conformidade de uma norma de um Regulamento da União Europeia com a Constituição³¹.

Todavia, a doutrina – e bem assim a jurisprudência constitucional estrangeira – vem avançando respostas para este problema, que, *grosso modo*, se agrupam em duas hipóteses: por um lado, a aceitação *normal* dos recursos de constitucionalidade com objecto em normas de Regulamentos da União Europeia com vista à aferição da transgressão, pela regra europeia, dos *princípios fundamentais do Estado de direito democrático*; por outro lado, a admissibilidade *excepcional* do recurso de constitucionalidade, apenas nos casos em que o funcionamento do sistema jurisdicional comunitário não assegure o respeito pelo núcleo irredutível da Constituição.

IV. A tese da ^{2 (minisul)} ~~A~~ **Aceitação normal do controlo da constitucionalidade, ocorrendo este em termos limitados**

Uma primeira hipótese é a de admitir sempre o recurso de constitucionalidade com vista a permitir ao Tribunal Constitucional determinar

³⁰ Cfr. Acórdão nº 43/2017, que considerou a questão de jurisdição prejudicada pelo facto de, em qualquer caso, não se preencher o requisito de cognição relativo à aplicação, pelo tribunal *a quo*, da norma cuja constitucionalidade o recorrente visava discutir (alínea *b*) do nº 1 do artigo 280º da Constituição e alínea *b*) do nº 1 do artigo 70º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC). Note-se que, em outros arestos, o Tribunal recusou a, com base na falta de pressupostos de cognição, a fiscalização de normas do Tratado (cf. Acórdão nº 339/2002); ora, o problema de que tratamos é o do controlo de constitucionalidade do próprio direito derivado da UE.

³¹ Cfr. Acórdão nº 60/2006, que incidia sobre norma nacional que, posteriormente, foi substituída por regra constante de um Regulamento da União Europeia. Ora, o Tribunal Constitucional, após concluir pela conformidade constitucional da regra interna que fiscalizava, aditou que mesmo o regime europeu que viria tomar o lugar da norma interna estaria de acordo com a Constituição: “Embora a competência do Tribunal Constitucional, atenta a definição do objecto do presente recurso, se cinja à apreciação da constitucionalidade da norma do nº 6 do artigo 169º do CPPT, a tomada em consideração dos traços essenciais do sistema que, em substituição do regulado nos precedentes números desse preceito, é aplicável, por força desse nº 6, à suspensão da execução das decisões aduaneiras, é suficiente para concluir pela total improcedência dos vícios de inconstitucionalidade arguidos pela recorrente”. Sobre esta, vide RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional...”, p. 806.

se a norma do Regulamento viola o núcleo irredutível dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático. No fundo, sendo certo que a segunda parte do artigo 8º/4 – capaz de derogar a aplicação do direito europeu nos termos por ele próprio definidos – apenas é convocável no caso de transgressão do núcleo irredutível da Constituição, advoga-se o controlo da constitucionalidade das normas de direito europeu com vista à apreciação da sua compatibilidade com aqueles cânones fundamentais. Isto é: o *conhecimento* do recurso deve ocorrer nos termos habituais, embora o controlo de constitucionalidade se faça em termos restritos *aos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*.

Os Autores que perfilham esta tese (CARDOSO DA COSTA, MARIA HELENA BRITO, BLANCO MORAIS, JORGE MIRANDA, CANELAS DE CASTRO e FRANCISCO PAES MARQUES), todavia, sustentam que caso o Tribunal Constitucional se incline para o julgamento de inconstitucionalidade – por violação dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático – deve ser formulada uma questão prejudicial de validade que permita ao Tribunal de Justiça, justapondo a norma do Regulamento ao parâmetro de validade próprio do direito europeu, eliminar o conflito através da actuação das instituições judiciais europeias³². Esta solução parece ter

³² Esta tese é defendida por CARDOSO DA COSTA, quer em face do texto constitucional anterior à revisão constitucional de 2004 (“O Tribunal Constitucional...”, pp. 1374ss, entendendo que o recurso de constitucionalidade, que deveria ser admitido nos termos normais, se restringiria ao núcleo irredutível da Constituição), quer perante a norma do artigo 8º/4 [*A jurisdição constitucional em Portugal*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 33, sustentando ficar a jurisdição do Tribunal Constitucional limitada, mas “aberta, em todo o caso, pelo inciso final do preceito, para proceder ao confronto de normas do direito comunitário com a lei fundamental do país”; e “Constituição portuguesa e Direito da União Europeia (Quatro apontamentos)”, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, vol. II, MARCELO REBELO DE SOUSA e EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 5- 15, p. 9, confirmando o seu entendimento anterior]; por FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...”, p. 218; por MARIA HELENA BRITO, “Relações...”, p. 315, e por PAULO CANELAS DE CASTRO, “Portugal’s World Outlook in the Constitution of 1976”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 71, 1995, pp. 469-543, p. 529 (embora estes dois últimos Autores o hajam defendido em textos anteriores à revisão constitucional de 2004.

Parece ser igualmente a concepção preferida por BLANCO DE MORAIS, ainda que o Professor entenda que caberá aos tribunais infraconstitucionais a colocação prévia de uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, pelo que só em último recurso existirá este controlo de constitucionalidade (“A sindicabilidade...”, p. 251, e *Justiça...*, Tomo II, p. 666); e por JORGE MIRANDA, que sustenta dever o controlo de constitucionalidade ser submetido, por

sido adoptada pelo o Tribunal Constitucional da República Checa no seu primeiro Acórdão relativo ao Tratado de Lisboa, ao ter estabelecido que o controlo do respeito pelos princípios fundamentais da Constituição – o *núcleo material* da Constituição – cabe àquele órgão jurisdicional nacional, apreciando as normas de direito europeu derivado com vista a determinar se tais limites foram ultrapassados³³.

A favor desta posição podem avançar-se três argumentos.

Em primeiro lugar, deve recordar-se que o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade determina caber ao Tribunal Constitucional a apreciação de *quaisquer normas* que hajam sido aplicadas pelos tribunais portugueses. Nessa medida, atenta a aplicabilidade directa e o carácter obrigatório dos Regulamentos, o texto constitucional parece apontar para a necessária submissão das normas europeias directamente aplicáveis à fiscalização concreta da constitucionalidade³⁴.

analogia, ao regime do art. 277º/2 da Constituição (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 212; “A Constituição Europeia...”, p. 19; “As relações entre a ordem internacional e a ordem interna na actual Constituição portuguesa”, *Ab Vno ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 275-301, p. 297).

³³ Cfr. Decisão de 26.11.2008, 19/08 (Tratado de Lisboa I) §90: “*Review by the Constitutional Court, and a possible finding of inconsistency between the constitutional order and an international treaty under Article 10a of the Constitution, then makes it necessary to state which provision of the constitutional order the international treaty is inconsistent with; here a space opens up for the constitutional framer to take active part in the creation of legal norms of fundamental importance for the entire legal order of the Czech Republic*” (§90); (...) “*The point of reference for permissibility of a transfer of powers from the Czech Republic to an international organization is, especially, respecting the material core of the Constitution under Art. 9 par. 2. This means, in particular, protection of fundamental human rights and freedoms, as they are enshrined in the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, in the (European) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in other international treaties in this field, and in the settled case law of the Constitutional Court of the Czech Republic and the European Court of Human Rights*” (§110).

Com estas premissas, conclui-se: “*The Constitutional Court of the Czech Republic will (may) also – although in view of the foregoing principles – function as an ultima ratio and may review whether any act of Union bodies exceeded the powers that the Czech Republic transferred to the European Union under Art. 10a of the Constitution. However, the Constitutional Court assumes that such a situation can occur only in quite exceptional cases; these could be, in particular, abandoning the identity of values and, as already cited, exceeding the scope of conferred competences*”.

³⁴ Cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “O Tribunal Constitucional...”, p. 1367; MARIA HELENA BRITO, “Relações...”, pp. 305 e 316. Igualmente sublinhando a abrangência de

Em segundo lugar, parece jogar a favor desta concepção um argumento lógico: se o modelo aplicativo do direito da União Europeia é rejeitado quando a norma comunitária viola os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, só é possível saber se a regra europeia desrespeita o reduto essencial da Constituição caso se admita o controlo de constitucionalidade. Ou seja: ao estabelecer um limite (na verdade, um contra-limite) à aplicação do direito da União nos termos por si definido, a Constituição permite ao Tribunal Constitucional a cognição dos recursos de constitucionalidade, enquanto meio idóneo à determinação do respeito por aquele limite.

Por fim, não parece que a aceitação dos recursos de constitucionalidade ponha em causa o princípio de uniformidade na aplicação do direito da União Europeia. Na verdade, desde que se aceite a recomendação doutrinal de subordinar o julgamento de inconstitucionalidade à formulação prévia de um reenvio prejudicial de validade, não são expectáveis situações em que um acto jurídico europeu *não seja invalidado pelo Tribunal de Justiça da UE* e simultaneamente transgrida os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, atento o paralelismo dos parâmetros de validade (a constituição material) das ordens jurídicas nacional e europeia a que nos referimos *supra*³⁵.

Não obstante os seus méritos, deve reconhecer-se que esta tese enfrenta algumas dificuldades.

Desde logo, o conhecimento da constitucionalidade de normas europeias em todos os casos implica que o Tribunal Constitucional possa vir a reconhecer que certas normas europeias *violam a Constituição* mas que essa transgressão *não ofende princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático* e, por isso, não põe em causa a aplicação do direito da União nos termos por ele próprio determinados. Esta eventualidade não apenas forçaria o Tribunal Constitucional a declarar que certas regras constitucionais são mais importantes que outras, como redundaria na aplicação de normas que o Tribunal Constitucional constatara serem desconformes com a Constituição³⁶.

qualquer norma na fiscalização concreta da constitucionalidade, cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional...”, p. 782.

³⁵ JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “O Tribunal Constitucional...”, p. 1377; MARIA HELENA BRITO, “Relações...”, p. 316; CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade...”, p. 252; FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...”, p. 219.

³⁶ Na verdade, ao admitir o controlo de normal da constitucionalidade de normas europeias, é conjecturável que certa regra comunitária, ainda que contrária a uma disposição da

Em segundo lugar, este entendimento reverte a estrutura da norma constante no artigo 8º/4 da Constituição, que assenta numa arquitectura *regra-excepção*: *em regra*, o direito da União Europeia é aplicado nos termos definidos pelo próprio direito europeu, pelo que apenas o Tribunal de Justiça pode determinar sua desaplicação (primeira parte). Tal justifica-se pela necessidade de aplicação uniforme do direito europeu e tem em conta a habitual congruência material entre o padrão de protecção nacional e europeu. Só *excepcionalmente*, quando este ponha em causa os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, cessa a acolhimento do modelo aplicativo.

Ora, a tese exposta transforma a *excepção* (parte final do 8º/4 CRP) em *regra*, já que admite *ab initio* que possa ser um órgão jurisdicional nacional a determinar a desaplicação de um Regulamento Europeu, ao invés de reservar para casos excepcionais o *contra-limite*. O que contradiz, por isso, a própria aceitação da mobilização do direito da União nos termos por si definidos.

V. Posição adoptada: o controlo excepcional e subsidiário das normas dos Regulamentos

Ao rejeitar a tese supra exposta, cabe-nos o ónus de desenvolver um diferente meio de materialização do comando da parte final do nº 4 do artigo 8º da Constituição. E a chave parece estar na consideração da sua própria essência: uma *excepção* ao modelo aplicativo (e, portanto, à exclusividade de jurisdição do Tribunal de Justiça) no controlo das normas de direito derivado da União Europeia. Isto é, se a aceitação do modelo aplicativo do direito da União Europeia tem como contrapartida a congruência da ordem jurídica europeia com a ordem jurídica nacional em matéria de princípios constitucionais fundamentais, aquele só deve cessar quando se demonstre que a *ordem jurídica europeia* deixa desprotegidos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático. Quer isto dizer que, segundo cremos, se deve aceitar, como *regra*, a consequência decorrente da primeira parte do

Constituição (e, nesse sentido, inconstitucional) não violasse os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático. Em consequência, por força da primeira parte do artigo 8º/4 da Constituição, admitir-se-ia como resultado que pudesse ser aplicada (nos termos definidos pelo Direito da União Europeia e atenta a primazia aplicativa por ele determinada) uma regra que o guardião da Constituição determinou ser dela violadora.

art. 8º/4: competência exclusiva do Tribunal de Justiça da União Europeia para aferir da validade dos Regulamentos, limitando a intervenção do Tribunal Constitucional às situações em que avulte um risco fundado de transgressão do reduto essencial do Estado de Direito *que não seja assegurado pela ordem jurídica comunitária – maxime, pelo controlo jurisdicional do Tribunal de Justiça na apreciação da validade do Regulamento*. Situação essa que, como se viu, será rara, atenta a tendencial congruência material entre as ordens jurídicas europeia e nacional quanto aos princípios constitucionais fundamentais³⁷.

Nestes termos, a actuação do Tribunal Constitucional para controlo das normas de direito derivado da União Europeia só pode ocorrer em casos em que o sistema jurisdicional europeu importe uma desprotecção do reduto essencial da Constituição. Isto é, o critério para aceitação do recurso de constitucionalidade não é o de *já ter havido um reenvio prejudicial quanto àquela norma*; ao invés, é o da *comparação do padrão de protecção do ordenamento jurídico europeu com a Constituição*: apenas se aceita o controlo pelo Tribunal Constitucional quando a ordem jurídica europeia, analisada e justaposta à Constituição, admitisse a validade de regulamentos que pudessem transgredir princípios fundamentais do Estado de Direito Português.

Com efeito, não pode olvidar-se que a parte final do artigo 8º/4 concretiza uma excepção à eficácia normal do direito da União Europeia em moldes, aliás, reconhecidos pelo próprio Tratado. Sendo uma excepção (e não a *regra* de controlo), apenas deve ser utilizado nos casos em a *ordem jurídica europeia* ponha em causa o reduto essencial do Estado de Direito Democrático. Na verdade, a intervenção *normal* do Tribunal Constitucional é desnecessária na garantia dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, já que o parâmetro de validade do direito europeu está alinhado com a Constituição, falando-se numa *contaminação mútua*³⁸. Não há razão para

³⁷ Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL E NUNO PIÇARRA, “O Tratado...”, p. 25, e essa a “*contrapartida do princípio do primado*”.

³⁸ Cfr. ROBERTO MASTROIANNI, “Ordre juridique...”, p. 691, que alude à própria *comunitarização* dos contra-limites. Com efeito, o desfecho da saga Taricco (cfr. Acórdãos Taricco I e Taricco II, *cit.*) revela a adopção pela própria UE do parâmetro de protecção do Estado italiano. No sentido da existência de uma *rede constitucional* intercomunicante, *vide* JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, pp. 82ss; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União...”, p. 683; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Um Supremo...”, p. 132; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, p. 371 (que sustenta ser uma situação de conflito “*puramente virtual, considerando a submissão do próprio direito da UE a estes princípios*”); JOSÉ

derrogar os termos de aplicação do Direito da UE definidos pelo Direito da União *enquanto* ele não puser em causa o reduto essencial da Constituição. Assim, *em regra*, não deve permitir-se a fiscalização concreta da constitucionalidade das normas dos Regulamentos da União Europeia: o seu parâmetro de validade é o próprio direito primário da UE e o controlo pelo sistema jurisdicional comunitário – nos termos definidos pelo próprio direito da União – constitui tutela *em regra* suficiente para a salvaguarda dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Esta concepção não significa uma *renúncia à competência de controlo do Tribunal Constitucional*, mas apenas a reclusão do seu poder aos casos em que a *ordem jurídica europeia (maxime, pela intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia)* não tutelar aquele reduto³⁹. É por isso que esta construção se liga preponderantemente à jurisprudência *Solange* (enquanto)⁴⁰: o Tribunal Constitucional não intervém *enquanto* o Tribunal de Justiça da União Europeia garantir que não seja violado aquele reduto fundamental⁴¹.

A aceitação desta tese implica a solução de um segundo problema: se a admissibilidade do recurso de constitucionalidade não ocorre *em todos os casos* – mas apenas quando a ordem jurídica europeia não assegure a protecção

LUÍS DA CRUZ VILAÇA, LUÍS MIGUEL PAIS ANTUNES E NUNO PIÇARRA, “Droit constitutionnel...”, p. 302; DIOGO FREITAS DO AMARAL E NUNO PIÇARRA, “O Tratado...”, p. 37 (que aludem à protecção, pelo Direito da União, de valores tipicamente nacionais, como a língua e a identidade nacional).

³⁹ Nestes termos, não aderimos à posição de PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 618, nos termos da qual a adesão à União Europeia implica a aceitação dessas regras como *ius cogens* e subtraídos por isso, em qualquer circunstância, ao direito constitucional nacional.

⁴⁰ Cfr., do Tribunal Constitucional Alemão, a Jurisprudência *Solange* (*Solange I* de 29.05.1974; *Solange II*, de 22.10.1986), bem como o Acórdão Maastricht, de 1993, e, de forma particularmente clara, o Acórdão *Regulamento das Bananas*, de 07.06.2000: determina que só deve ser aceite um controlo constitucional de normas europeias directamente aplicáveis quando o padrão de protecção do direito europeu seja menos amplo do que o padrão de protecção da Constituição alemã, deixando desprotegidos os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático. Quando, pelo contrário, estão alinhados, é competência exclusiva do Tribunal de Justiça da UE (é ele o “juiz legal” para o controlo dos Regulamentos [Acórdão *Solange II*]), mesmo quando estão em causa direitos fundamentais: é o TJUE quem deve pronunciar-se quanto à desconformidade do Regulamento com os Princípios Gerais de Direito da UE, quando estes confirmam protecção semelhante à da Constituição.

⁴¹ Neste sentido, PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Um Supremo...”, p. 126; DIOGO FREITAS DO AMARAL E NUNO PIÇARRA, “O Tratado...”, p. 31.

daquele núcleo de protecção – importa determinar o critério de aferição dessa eventualidade.

Ora, parece que esse critério só pode ser o da comparação do nível de protecção conferido pela Constituição com o padrão de validade do direito derivado da União Europeia. Isto é, a intervenção do Tribunal Constitucional deve reservar-se aos casos em que *o padrão de validade da norma do Regulamento europeu* (isto é, o Direito Primário da União) confira um nível de protecção menor do que o do direito constitucional nacional. Quando o direito constitucional tem conteúdo alinhado com o do direito primário europeu, é desnecessária a intervenção do Tribunal Constitucional, porquanto o tribunal competente para apreciar a validade do Regulamento é, *nos termos do direito da União Europeia*, o TJUE e essa protecção coincide com a da Constituição; o problema só se coloca quando uma análise da ordem jurídica comunitária no seu todo, designadamente perante a jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto ao âmbito do direito primário, conduza à conclusão de que a actuação do órgão jurisdicional comunitário não tutela suficientemente os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Concretizemos: suponhamos que certo recorrente invoca a desconformidade de certa regra europeia directamente aplicável com um cânone que se entende integrar o núcleo dos “*princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”, *v. g.*, o princípio da não discriminação.

Neste caso, nos termos da recepção operada pela *primeira parte* do artigo 8º/4 da Constituição, é ao Tribunal de Justiça da UE que compete o controlo da validade da norma, enquanto expediente capaz de impedir a sua aplicação pelos órgãos jurisdicionais nacionais, devendo em princípio o Tribunal Constitucional recusar a cognição do recurso. Até porque, como vimos, o padrão de protecção europeu é comunicante com o nacional, pelo que muito provavelmente aquela transgressão implica a invalidade da norma *face ao direito primário da União Europeia*, que cabe ao Tribunal de Justiça declarar. Apenas se se demonstrar que o nível de protecção do princípio da igualdade conferido pelo ordenamento jurídico europeu (*maxime*, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça) é inferior à tutela da não discriminação tida como fundamental pela Constituição portuguesa há que invocar a necessidade de intervenção do Tribunal Constitucional – aceitando o recurso – com vista à protecção daqueles valores. Sendo certo que, em qualquer caso, o eventual julgamento de inconstitucionalidade não deve ocorrer sem antes ser dada oportunidade ao Tribunal de Justiça de, ao nível do ordenamento jurídico

européu, controlar a validade da norma comunitária, evitando assim um conflito jurisdicional⁴².

É, aliás, exactamente assim que o problema é posto pelos Tribunais Constitucionais Alemão⁴³, Italiano⁴⁴, Espanhol⁴⁵ e Francês⁴⁶: a admissão

⁴² Este reenvio *anterior a qualquer julgamento de inconstitucionalidade* é, aliás, propugnado mesmo pela doutrina que sustenta o controlo normal das normas europeias. Cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “O Tribunal Constitucional...”, p. 1377, e MARIA HELENA BRITO, “Relações...”, p. 315; FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...”, p. 219.

⁴³ Cfr. nota nº 33. Veja-se, com particular clareza, a asserção do *Bundesverfassungsgericht* no Acórdão de 07.06.2000 – 2 BvL 1/97 – *Bananas*, concluindo pela inadmissibilidade de queixas e procedimentos constitucionais relativos ao direito derivado da UE quando o direito europeu *no seu todo* – incluindo a jurisprudência do Tribunal de Justiça – confere um nível de protecção que não põe em causa o reduto fundamental da Constituição alemã. Por essa razão, a admissibilidade dos recursos depende de se demonstrar, perante uma comparação entre o nível de protecção nacional e europeu, que este deixa desprotegido os princípios mais fundamentais da Constituição: “1. *Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, sind von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II-Entscheidung (BVerfGE 73, 339 <378 bis 381>) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei. 2. Deshalb muss die Begründung der Vorlage oder einer Verfassungsbeschwerde im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist. Dies erfordert eine Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene in der Art und Weise, wie das Bundesverfassungsgericht sie in BVerfGE 73, 339 (378 bis 381) geleistet hat*”. Sublinhando a auto-limitação do Tribunal Constitucional alemão, *vide* NUNO PIÇARRA, *O Tribunal...*, pp. 49 e 52; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União...”, p. 679; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, p. 346; THOMAS BEUKERS, “The Winner...”, p. 1992.

⁴⁴ Com efeito, a *Corte Costituzionale* reserva a sua intervenção aos casos em que o *padrão de validade dos Regulamentos* (isto é, o direito europeu originário) pusesse em causa os princípios fundamentais do ordenamento constitucional (Acórdão nº 183/1973, *Frontini* – “*Deve invece escludersi che questa Corte possa sindacare singoli regolamenti, atteso che l’art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, e tali, per quanto si è detto, non sono i regolamenti comunitari*”, declarando-se incompetente, nos demais casos, para a fiscalização da constitucionalidade dos Regulamentos – cfr. NUNO PIÇARRA, *O Tribunal...*, p. 33, e MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União...”, p. 680; THOMAS BEUKERS, “The Winner...”, p. 1992; JOËL RIDEAU, “La Cour constitutionnelle...”, p. 702. Na doutrina italiana, sufragando esta solução, *vide* a MARCO DANI, “National Constitutional...”, p. 206.

⁴⁵ Da Declaração nº 1/2004, de 13 de Dezembro de 2004, ao lado da assunção de que “*la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias*”, pelo que se recusa a

dos processos de constitucionalidade depende da demonstração de que a protecção necessária dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático “*se não encontra garantida de maneira geral no quadro comunitário*”⁴⁷. E é coincidente com a posição sufragada, entre nós, por MARIA LUÍSA DUARTE, GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, NUNO PIÇARRA e MARTA CHANTAL RIBEIRO⁴⁸: é perante uma análise do padrão de protec-

fiscalização dos Regulamentos como regra, admite-se “*En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes*”.

⁴⁶ O *Conseil d'État* é até mais reservado, porquanto no Acórdão *M. Kamel*, n.º 2010-79, recuperando a jurisprudência *Jeux en Ligne* (2009-605, 12 maio 2010), declarou-se incompetente para ajuizar até de lei francesa que transpunha uma directiva pelo facto de, não havendo margem de apreciação deixada ao Estado, ser o TJUE o órgão competente para aferir da bondade da norma que, originariamente, tinha a sua formulação num acto europeu.

⁴⁷ RUI MOURA RAMOS, “O Tratado...”, p. 374.

⁴⁸ Antes da revisão constitucional de 2004, tomaram posição neste sentido MARIA LUÍSA DUARTE (“O Tratado da União...”, p. 704), NUNO PIÇARRA (*O Tribunal...*, p. 89), e MARTA CHANTAL RIBEIRO (“O direito internacional, o direito comunitário e a nossa Constituição – Que rumo?”, *Estudos em Comemoração dos cinco anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 939-963, p. 961).

MARIA LUÍSA DUARTE sustentava, já então, que a repartição de competências entre TC e TJUE “*é suficiente para justificar a não fiscalização de constitucionalidade das normas comunitárias*”, com excepção dos casos em que se revelar necessário para garantir o núcleo essencial da Constituição em virtude de a intervenção do TJUE não ser, previsivelmente, suficiente.

NUNO PIÇARRA, por seu turno, aventava a solução *Solange* para problema, caso ele se viesse a colocar ao Tribunal Constitucional Português: “*É um exemplo que o TC português poderá seguir se, confrontado com questões de constitucionalidade do direito comunitário derivado, chegar à conclusão, sempre sujeita a revisão, de que lhe merece confiança o sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais e de que, por isso, não será ele a pôr em causa a fundamental exigência de aplicação uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros*”. Nos casos em que conhecer do processo, o Tribunal Constitucional deverá, em primeiro lugar “*requalificar a inconstitucionalidade suscitada pela parte «convertendo-a» numa questão de validade, perante os Tratados, nas normas de direito comunitário derivado impugnadas, a reenviar ao TJ*”. Ideia que, aliás, veio a confirmar em estudos posteriores (“A justiça...”, p. 486).

MARTA CHANTAL RIBEIRO entendia, por fim, dever proceder-se a uma interpretação restritiva das normas sobre fiscalização da constitucionalidade, de modo a entendê-las como incluindo apenas “*as normas internas e já não as comunitárias. Quando muito, apenas escapariam*

ção do direito europeu – designadamente, da jurisprudência do Tribunal de Justiça – que é possível inferir a suficiência do modelo de controlo do direito derivado *nos termos do direito da União Europeia* ou se, pelo contrário, há que permitir a intervenção do Tribunal Constitucional enquanto responsável pela garantia dos “*princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático*”.

VI. Conclusões

O presente trabalho procurou apresentar e fundamentar uma solução para um problema de natureza prática, que se refere à actividade do Tribunal Constitucional: como actuar em face de um pedido de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas constantes de um Regulamento da União Europeia. Esta não é, ressaltou-se, uma simples questão de *cognição*, mas sim de competência da *jurisdição* constitucional interna. Atento o espaço de

a este raciocínio as directivas comunitárias que, objecto necessariamente de medidas de transposição, poderiam, em todo o caso, ser indirectamente atingidas pela fiscalização da constitucionalidade”. A Professora entendia que, dado o paralelismo de protecção entre as ordens jurídicas, as dúvidas de validade deveriam ser obrigatoriamente remetidas pelos tribunais infra-constitucionais ao Tribunal de Justiça, nos termos da jurisprudência *Foto-Frost*.

Esta tese ficou ainda mais reforçada pela introdução do artigo 8º/4, que estabelece uma imunidade do direito derivado da UE à fiscalização da constitucionalidade enquanto não se demonstrar que o ordenamento jurídico europeu deixa desprotegidos os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático. Neste sentido, VITAL MOREIRA (“*o direito da União passou a ser imune ao controlo de constitucionalidade na ordem interna (nomeadamente pelo TC e demais tribunais) enquanto a ordem jurídico-constitucional da União não ponha em causa os fundamentos do Estado de Direito Democrático. Na sua formulação e alcance, a nova norma evoca claramente a jurisprudência Solange do Tribunal Constitucional Alemão, segundo a qual o VFG declarou abster-se de controlar o direito da União à face dos direitos fundamentais da Grundgesetz desde que a própria ordem jurídica da União assegurasse um «nível equivalente» de protecção*” – “A CRP e a União...”, p. 882 e 890), acompanhado também por GOMES CANOTILHO (“*Nem o Tribunal Constitucional nem os demais tribunais podem julgar sobre a conformidade das suas normas com a Constituição ou outro instrumento de direito interno. Sob esse ponto de vista, a primazia do direito da UE traduz-se na sua imunidade face ao sistema constitucional de fiscalização da constitucionalidade e da «legalidade reforçada»*” – *Constituição...*, Vol. I, p. 270).

Como se percebe, a adopção da norma do artigo 8º/4 implicou a revisão da posição que haviam tomado em 1991, quando defenderam não existir qualquer imunidade do direito derivado da UE ao controlo da constitucionalidade (J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 248).

crescente *internormatividade* desenhado pela confluência, interligação e partilha de competências entre o ordenamento jurídico nacional e o ordenamento da União Europeia, é natural que se venha a verificar uma tendência crescente para que questões deste tipo sejam colocadas ao Tribunal Constitucional.

A solução não poderá deixar de partir da Constituição, e do quadro por esta traçado para o relacionamento, no plano da ordem jurídica interna, entre normas de direito da União e normas de direito interno, que têm *distinto fundamento de validade*, mas são, amiúde, aplicadas de forma sincrónica, e num mesmo espaço, no âmbito do qual são igualmente eficazes. Ora, nos termos do nº 4 do artigo 8º, a Constituição respeita, em regra, o *princípio da autonomia do Direito da União Europeia e a primazia*, ou preferência na aplicação, das normas deste ordenamento, em relação às normas do ordenamento nacional. Aceita, bem assim, a parametricidade exclusiva do direito originário da União Europeia em relação aos atos de direito derivado, bem como a reserva de competência do TJUE para conhecer das questões de validade de quaisquer normas de direito da União. Nestes termos, e *em princípio*, não caberá ao Tribunal Constitucional aferir da constitucionalidade ou da validade de normas de direito da União directamente aplicáveis.

No fundo, e tendo em consideração a *tendencial* equivalência entre os padrões constitucionais nacional e europeu, este respeito pela competência exclusiva do Tribunal de Justiça para a apreciação de questões de validade relativas a normas de direito da União assegurará uma desejável coerência aplicativa do direito europeu e não comportará, *em regra*, qualquer dano ao ordenamento jusconstitucional interno. Todavia, a Constituição portuguesa consagra expressamente, no segmento final do nº 4 do artigo 8º, um importante contra-limite, isto é, uma *reserva* à regra constitucional de aplicação do direito da União Europeia na ordem interna, *nos termos definidos pelo próprio direito da União*. Trata-se das situações em que se entenda estar em causa uma violação dos *princípios fundamentais do Estado de direito democrático*. Nestes casos – cuja identificação cabe, exclusivamente, ao Tribunal Constitucional, órgão que detém *a última palavra* em matéria de interpretação e densificação das normas constitucionais internas – a Constituição rejeita a suficiência da actuação do Tribunal de Justiça no controlo do direito europeu derivado, abrindo espaço à intervenção do Tribunal Constitucional.

O que se procurou, neste quadro, determinar, foi como deve o Tribunal Constitucional atuar, do ponto de vista da tramitação processual, sempre que um requerente alegar a violação de princípios fundamentais do Estado

de direito democrático por uma norma de Regulamento da União, aplicável ao seu caso concreto. Rejeitou-se, desde logo, a posição segundo a qual seria de admitir *sempre* o recurso de constitucionalidade, a fim de permitir ao Tribunal Constitucional determinar se a norma do Regulamento viola, ou não, aquele núcleo irredutível de soberania normativa reservado e protegido pela Constituição. Pugnou-se, pelo contrário, pela tese nos termos da qual a intervenção do Tribunal Constitucional – e, conseqüentemente, o *conhecimento* do recurso de constitucionalidade – só pode ocorrer em face de casos em que o sistema jurisdicional europeu importe uma desprotecção do reduto essencial da Constituição.

Esta avaliação, que também é uma competência exclusiva do Tribunal Constitucional implica, como é natural, um conhecimento, sem margem para dúvidas, da posição do TJUE sobre a concreta questão em escrutínio, quer por recurso prévio, próprio ou do tribunal da causa, a um reenvio prejudicial, quer por análise das decisões pré-existentes do Tribunal de Justiça sobre problemas idênticos. Ou seja, o reenvio prejudicial prévio à decisão de *conhecimento* do recurso no Tribunal Constitucional será provável, mas não indiscutivelmente *necessário*, podendo dispensar-se sempre que haja jurisprudência europeia clara e reiterada sobre o parâmetro de validade europeu, nos termos definidos pelo TJUE. Assim, a admissão dos recursos, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade de uma norma de Regulamento da União Europeia, depende da demonstração de que a indispensável salvaguarda dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático não é garantida pelo ordenamento europeu, de forma equivalente à assegurada pelo sistema nacional.