



Universidades Lusíada

Sousa, Eduardo Manuel Oliveira e, 1985-

Da invalidade da norma interna incompatível com o Direito da União Europeia

<http://hdl.handle.net/11067/6724>

Metadados

Data de Publicação 2022-11-21

Resumo O fenómeno de integração económica e política europeia gerou um inédito processo de integração jurídica e de transformação político-constitucional de tipo federal. Os seus aspetos mais característicos estão nos princípios da aplicação direta do direito da União na ordem interna dos Estados-membros e na sua primazia sobre o direito interno. Todavia, não competindo ao juiz da União julgar sobre a validade do direito interno em confronto com o direito da União, resta para o juiz nacional a obrigação...

The European phenomenon of political and economic integration has generated a never-before-seen process of legal integration and federal-type political and constitutional transformation. Its more characteristic aspects can be found in the principles of direct applicability and supremacy of Union law in the Member-states internal order and over its domestic law. However, since it's not up to the Union's judge to rule on the validity of domestic law in conflict with Union law, the national court i...

Palavras Chave Direito, União Europeia - Ordem jurídica, Direito da União Europeia - Vinculação dos Estados membros, Direito da União Europeia - Conflito normativo - Direito interno

Tipo doctoralThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Teses

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-27T18:07:46Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA – PORTO

**DA INVALIDADE DA NORMA INTERNA
INCOMPATÍVEL COM O DIREITO DA UNIÃO
EUROPEIA**

Eduardo Manuel Oliveira e Sousa

Tese para obtenção do Grau de Doutor em Direito

Orientador: Professor Doutor Vital Moreira

**Porto
2022**

*«Mar, metade da minha alma é feita de maresia
Pois é pela mesma inquietação e nostalgia,
Que há no vasto clamor da maré cheia,
Que nunca nenhum bem me satisfaz.
E é porque as tuas ondas desfeitas pela areia
Mais fortes se levantam outra vez,
Que após cada queda caminho para a vida,
Por uma nova ilusão entontecida.*

*E se vou dizendo aos astros o meu mal
É porque tu também revoltado e teatral
Fazes soar a tua dor pelas alturas.
E se antes de tudo odeio e fujo
O que é impuro, profano e sujo,
É só porque as tuas ondas são puras».*

SOFIA DE MELLO BREYNER ANDERSEN – *Mar*

Plano da obra

Agradecimentos

Resumo

Abstract

Palavras-chave

Keywords

Lista de abreviaturas

Notas metodológicas

Introdução

Capítulo 1. A ordem jurídica da União Europeia

- 1.1. A natureza parafederal da ordem jurídica da União
- 1.2. Traços federais da UE
- 1.3. As atribuições da UE
- 1.4. A UE como Estado de direito
- 1.5. Fontes de direito da UE
 - 1.5.1. Hierarquia das fontes
 - 1.5.2. Direito originário
 - 1.5.3. Direito derivado
- 1.6. A fiscalização da legitimidade do direito da UE
 - 1.6.1. Tipos de ilegitimidade normativa e mecanismos de fiscalização
 - 1.6.2. Recurso de anulação
 - 1.6.3. Exceção de invalidade

Capítulo 2. A vinculação dos Estados-membros ao direito da UE

- 2.1. Uma construção pretoriana
- 2.2. O efeito direto
 - 2.2.1. Formulação jurisprudencial do princípio
 - 2.2.2. Âmbito da aplicação direta

- 2.3. A primazia do direito da União
 - 2.3.1. A formulação jurisprudencial do princípio
 - 2.3.2. Os possíveis limites constitucionais à primazia
- 2.4. Os tribunais nacionais como garantes do respeito pelo Direito da UE
 - 2.4.1. A tutela jurisdicional efetiva
 - 2.4.2. O conhecimento oficioso do direito da União
- 2.5. O incidente prejudicial sobre a interpretação e validade do Direito da UE
 - 2.5.1. O regime do artigo 267.º TFUE
 - 2.5.2. A obrigatoriedade de reenvio na jurisprudência do TJUE
- 2.6. Ação de incumprimento
 - 2.6.1. Tipos de obrigações relevantes
 - 2.6.2. Fundamentos
 - 2.6.3. Atos geradores de incumprimento
 - 2.6.4. Efeitos da decisão condenatória

Capítulo 3. A questão da invalidade dos atos das unidades federadas em Estados federais

- 3.1. A arquitetura de tipo federal da União
- 3.2. Estados federais com controlo centralizado
 - 3.2.1. Áustria
 - 3.2.2. Alemanha
 - 3.2.3. Bélgica
 - 3.2.4. Suíça
- 3.3. Estados federais com controlo descentralizado
 - 3.3.1. Estados Unidos da América
 - 3.3.2. Canadá
- 3.4. Contributo do estudo comparado
 - 3.4.1. Fundamento do *judicial review*
 - 3.4.2. A diversidade de soluções

Capítulo 4. Controlo da validade dos atos jurídicos nacionais por incompatibilidade com o direito da UE a nível nacional

- 4.1. O artigo 8.º, n.º 4, da CRP
- 4.2. Inexistência de uma solução europeia quanto à fiscalização judicial
- 4.3. Os mecanismos de controlo existentes na Constituição e na lei
- 4.4. Insuficiência da solução vigente
- 4.5. As soluções de controlo de constitucionalidade e equiparadas
- 4.6. Sistema proposto

Conclusões

Bibliografia

Jurisprudência

Outros documentos

Índice

Agradecimentos

Gostaria de deixar os meus mais sinceros agradecimentos a todos aqueles que contribuíram para a elaboração desta dissertação:

- Ao Professor Doutor Vital Moreira, cuja orientação foi decisiva para que esta dissertação chegasse a bom porto. As madrugadas de escrita e correções foram aligeiradas pelo constante apoio e pelas palavras de incentivo e amizade. Irei guardar em mim o exemplo de um orientador com disponibilidade absoluta para atender as minhas dúvidas e inquietações.

- À minha mãe, que fez e continua a fazer todos os esforços para que eu consiga os meus objetivos académicos. Este trabalho é o coroar de um projeto educativo que começou há mais de trinta anos, em que sempre se pugnou pela procura das melhores condições que me preparassem para o mundo. Obrigado pelo conforto e o carinho com que “aturaste” os meus choros e birras, e obrigado pela paciência com que me explicaste, juntamente com o pai, o valor do trabalho.

- Ao diretor da Faculdade de Direito, o Professor Doutor Fernando Torrão e ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada no Porto, pelo apoio incondicional que me foi prestado durante os anos de realização deste trabalho.

- Aos Serviços de Documentação da Universidade Lusíada no Porto, pela constante assistência na obtenção de toda a documentação solicitada.

- Aos amigos, pela compreensão das vezes em que disse que «*não podia sair*», pois iria passar aquela noite específica a escrever na minha tese.

- À Sara, por ter aparecido na altura ideal para me motivar, por se ter sentado comigo noites a fio a ouvir os meus desabafos, pelo carinho e dedicação com que leu todas as palavras deste trabalho, pelo apoio incondicional e pelo amor com que me acompanha no nosso projeto de vida comum.

- E ao meu Pai, esteja onde estiver, que continua a olhar por mim.

Resumo

O fenómeno de integração económica e política europeia gerou um inédito processo de integração jurídica e de transformação político-constitucional de tipo federal. Os seus aspetos mais característicos estão nos princípios da aplicação direta do direito da União na ordem interna dos Estados-membros e na sua primazia sobre o direito interno. Todavia, não competindo ao juiz da União julgar sobre a validade do direito interno em confronto com o direito da União, resta para o juiz nacional a obrigação de afastamento de quaisquer normas internas desconformes com o direito da União. Mas o direito da União deixa aos Estados-membros autonomia quanto aos mecanismos processuais para o fazer prevalecer na ordem interna.

Neste trabalho, depois de uma análise da ordem jurídica da União e da vinculação dos Estados-membros, olhamos para vários sistemas federais, de modo a descortinar que soluções ao problema proposto são aplicadas nesses sistemas. Desse ponto, partimos para a análise do controlo de validade dos atos jurídicos nacionais incompatíveis com o direito da União, chegando à conclusão de que, dos vários mecanismos internos e externos que obrigam os Estados-membros a conformar o seu direito interno ao direito da União, não existe qualquer solução europeia para o problema em questão. A única solução será a de implementar um sistema interno de controlo da validade da norma interna incompatível, tendo para essa finalidade analisado várias soluções existentes na Constituição da República Portuguesa para resolver outros casos de incompatibilidade normativa, a começar pela fiscalização da constitucionalidade. Em alternativa a estes sistemas, que ou são demasiado “pesados” para a finalidade desejada ou então não a conseguem cumprir satisfatoriamente, propomos um sistema próprio adequado a permitir o controlo da validade da norma interna incompatível com o direito da União e, em última análise, a afastá-la da ordem jurídica interna.

Abstract

The European phenomenon of political and economic integration has generated a never-before-seen process of legal integration and federal-type political and constitutional transformation. Its more characteristic aspects can be found in the principles of direct applicability and supremacy of Union law in the Member-states internal order and over its domestic law. However, since it's not up to the Union's judge to rule on the validity of domestic law in conflict with Union law, the national court is left with the obligation to set aside any domestic provisions incompatible with Union law. Notwithstanding, Union law leaves to Member-states the autonomy regarding the procedural mechanisms to ensure its effectiveness in the internal order.

In this work, after an analysis of the Union's legal order and the Member-states obligations, we looked to various federal systems in order to find out which solutions to the problem at hand are applied in those systems. From this point, we set out to analyse the judicial review of the validity of national legal acts incompatible with Union law, concluding that, from the several internal and external mechanisms which impose on Member-states the conformity of their internal law with Union law, there isn't any European solution for the problem at hand. The sole solution shall be one of implementing an internal system of judicial review of the validity of the incompatible internal provision, for which we analysed several solutions in the Constitution of the Portuguese Republic to solve other cases of normative incompatibility, starting with constitutional judicial review. In alternative to those systems which are either too "burdensome" for the aimed objective, or which aren't able to satisfactorily fulfil such objective, we proposed our own system, adequate to allow the judicial review of validity of the internal provision incompatible with Union Law, and finally, to set it aside from the internal legal order.

Palavras-chave

União Europeia, efetividade, conflito normativo, invalidade, normas nacionais, controlo de conformidade, federalismo, federalismo europeu.

Keywords

European Union, effectiveness, conflict of provisions, invalidity, national provisions, compliance control, federalism, European federalism.

Lista de abreviaturas

- BCE – Banco Central Europeu
- BIT – Bilateral Investment Treaties (Tratados Bilaterais de Investimento)
- CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
- CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
- CEE – Comunidade Económica Europeia
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos
- CPA – Código do Procedimento Administrativo
- CPTA – Código do Processo nos Tribunais Administrativos
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
- LTC – Lei do Tribunal Constitucional
- NT – Nossa tradução
- PCC – Política Comercial Comum
- PPSP – Public Sector Asset Purchase Programme
- PRE – Plano de Recuperação Económica da União Europeia
- SEBC – Sistema Europeu de Bancos Centrais
- TC – Tribunal Constitucional
- TCE – Tratado das Comunidades Europeias
- TCECA – Tratado que estabelece a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
- TCEE – Tratado que estabelece a Comunidade Económica Europeia
- TCEEA – Tratado que estabelece a Comunidade Europeia da Energia Atómica
- TCF – Tribunal Constitucional Federal
- TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
- TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
- TG – Tribunal Geral
- TIADH – Tribunal Interamericano de Direitos Humanos
- TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
- TPInst – Tribunal de Primeira Instância.
- TUE – Tratado da União Europeia
- UE – União Europeia

Notas metodológicas

1. O presente trabalho insere-se na área científica das ciências jurídicas, no ramo das ciências jurídico-comunitárias ou, devido à designação atual estabelecida pela União Europeia, no ramo do direito da União Europeia. Nesse sentido, metodologicamente o objeto do estudo proposto obrigou à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja interpretação do Direito da União estabelece o sentido normativo a atribuir às normas contidas no ordenamento jurídico-comunitário. As decisões do TJUE fazem-se necessariamente acompanhar das opiniões dos Advogados Gerais desse mesmo órgão jurisdicional, fornecendo ao Tribunal de Justiça um parecer fundamentado sobre qual deveria, no seu entender, a aplicação do Direito da União. Por fim, acompanhamos essas duas fontes de interpretação com a doutrina jurídica europeia, quer monográfica, quer em revistas da especialidade, para além da eventual legislação, europeia e nacional, relevante para o tema e subtemas, em análise.

2. No decorrer do trabalho, respeitaram-se as regras relativas às referências e citações bibliográficas de acordo com a norma *Autor, data: página* em vigor nas Universidades Lusíada, não obstante a sua necessária sujeição a algumas adaptações tendo em vista a sua adequação às ciências jurídicas, como se elencam: sempre que se cita diretamente um autor no corpo do texto, *sans parenthesis*, a data e a página aparecerão dentro dos parêntesis, i.e. AUTOR (2018:001); em caso de citação de jurisprudência, a mesma respeitará a seguinte ordem: *nome do processo* (TRIBUNAL, número do processo, ano, considerando), i.e. *Simmenthal* (TJUE, Proc. C-106/77, 1978, cons. 17), a qual poderá, no entanto, surgir sem menção do considerando específico da decisão judicial nos seguintes casos: quando a citação se remeter à declaração contida na parte decisória, sendo substituída por (TRIBUNAL, número do processo, ano, declaração), quando tal se considere desnecessário ou, caso a decisão não possua considerandos por razões de estilo, sendo aqui substituída pela página. Em qualquer dos casos, se, em razão da exposição, for mencionado repetidamente o *nome do processo*, v.g. *Simmenthal*, o qual encontrando-se razoavelmente identificado em passagens anteriores, não necessitará de vir acompanhado da menção (TRIBUNAL, número do processo, ano, considerando).

As notas de rodapé poderão conter as suas próprias referências, dependendo ou não de o assunto de que se ocupam remeter para publicações específicas não inseridas diretamente na análise do objeto de estudo, i.e. *Vide* AUTOR (2018).

3. No que concerne aos excertos de textos, quer jurisprudenciais, doutrinários ou legais, procurou-se respeitar, ao longo do trabalho, as seguintes regras: todas as citações são feitas *em itálico* com recurso à utilização de aspas; as citações de jurisprudência, assim como dos textos legislativos, são feitas preferencialmente na língua portuguesa, salvo nos casos de inexistência de versão oficial portuguesa das mesmas, casos em que produzimos a nossa própria tradução dos textos jurisprudenciais – assinaladas em início de nota de rodapé com: NT (*nossa tradução*), fazendo-se acompanhar do mesmo; igual regra aplicar-se-á aos autores (doutrina) de língua alemã, que será traduzida e acompanhada do original em nota de rodapé; esta regra não se aplicará relativamente aos autores que escrevem em outras línguas que não a portuguesa ou alemã, tendo-se mantido o excerto de texto na sua língua original.

A utilização de expressões relativas a conceitos e outros substantivos em línguas estrangeiras será, em regra, traduzida para português, com a expressão na língua original entre parêntesis. Excecionam-se desta regra as expressões em língua inglesa, assim como expressões noutras línguas, cujo significado não se consegue adequadamente traduzir sem pôr em causa o seu sentido na língua original.

Relativamente aos excertos de textos em português, procurou-se manter o respeito pela ortografia usada à data, pelo que a jurisprudência, doutrina ou legislação anteriores à vigência do Acordo Ortográfico de 1990, aplicado por força da resolução do Conselho de Ministros 8/2011 de 25 de Janeiro, será reproduzida fielmente de acordo com a ortografia vigente à data da publicação; nos casos em que é citada legislação, primariamente contida no texto dos Tratados, esta é feita língua portuguesa; nos casos em que se menciona legislação de versões anteriores dos Tratados, quando aplicável, a mesma será acompanhada de referência à versão atual da norma, por ex. Art. 177.º TCEE (267.º TFUE)

4. Por fim, cumpre estabelecer um propósito de paridade terminológica, neste trabalho, entre os termos *direito da União Europeia* e *direito da União*, intercambiáveis entre si, e a designação anterior do ramo *direito Comunitário*, cuja utilização se procurou

restringir, dentro do possível, à análise de jurisprudência, doutrina, ou mesmo do texto dos tratados, anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

Introdução

«Where did we start? As a peace project among adversaries. What is our greatest accomplishment? The spread of stability and democracy across the continent. And what is our task for the future? To make Europe a global power, a force for good in the world» (Javier Solana).

Desde a criação das Comunidades Europeias (hoje, União Europeia) especial atenção tem sido atribuída às características do seu Direito, um *ius* dotado de natureza, escopo e conceitos próprios e originais. Em razão disto, poucas não foram as mentes que se dedicaram ao estudo deste novo ordenamento jurídico, prontamente acompanhadas pelo som das vozes que se levantaram, tanto em aclamação como em reticência, questionando ou inferindo as consequências extraídas pela nova realidade jurídico-comunitária.

Uma questão central que desde cedo ocupou o debate comunitário foi a de discernir a articulação dos vários ordenamentos em razão do seu posicionamento no eixo vertical, isto é, se a existência deste ordenamento jurídico junto dos ordenamentos internos dos Estados-membros implicaria a eventual criação de hierarquias normativas, mas também do possível conflito de jurisdições e dos meios destinados a assegurar o cumprimento das obrigações dos Estados-membros. Relativamente a esse último ponto, encontramos na última revisão do *Tratado da União Europeia* (em diante TUE) com o Tratado de Lisboa (2007), a inserção do artigo 4.º, n.º 3, que consagra não só a obrigação dos Estados-membros de tomarem *«todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União»* mas também a abstenção de *«qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização os objetivos da União»*. Esta obrigação corresponde essencialmente àquela presente no artigo 10.º do anterior *Tratado que instituía a Comunidade Europeia* (em diante TCE), no entanto renumerado, em virtude do Tratado de Lisboa, e transitando a mesma para o TUE.

O ditame normativo *supra* corresponderá, em suma, à positivação do *princípio da cooperação leal*. Este princípio, assim como os seus preceitos, opera judicialmente através de outro princípio já pré-existente na doutrina jurídica – em especial na doutrina jurídica internacional – mas sujeito a um amplo desenvolvimento pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (em diante, TJUE) –, o *princípio da efetividade*. Este princípio, cujas origens são externas ao direito da União, surgiu como uma solução pragmática à já antiga discussão doutrinária em volta do problema da existência, ou não, de unidade no direito internacional (SOARES, 1996: 64) também conhecida como a querela monista/dualista (PEREIRA & QUADROS, 2005: 82). A definição encontrada no seio da União Europeia ficou a cargo do poder jurisdicional, não obstante ter-se mantido na mesma linha do já existente conceito internacional, isto é, entregou aos Estados-membros a liberdade de determinar quais os meios adequados, materiais e adjetivos, para fazer cumprir o direito da União. Tal lógica está expressa em *Comet* (TJUE, Proc. 45/76, 1976), o qual ilustrou este princípio da seguinte forma:

«Na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regulamentar as regras processuais dos recursos judiciais destinados a assegurar a salvaguarda dos direitos que o efeito directo do direito comunitário confere aos particulares...» (TJUE, Proc. 45/76, 1976, cons. 2).

Ainda assim, as preocupações com a efetividade do direito da União Europeia devem ao Tribunal de Justiça bem mais do que a sua conceptualização, devendo-lhe também o seu desenvolvimento posterior, em virtude do fenómeno de integração comunitário no qual aquele órgão jurisdicional viria a assumir o protagonismo¹, isto naturalmente sem prejuízo de este princípio estar posicionado como um corolário da cooperação leal (ABREU, 2014: 20). Esse desenvolvimento, ao qual dedicaremos parte do nosso trabalho e que se poderá largamente considerar como terminado, encontra-se em boa verdade em plena e contínua prossecução, trabalhado pela jurisprudência no sentido de por vezes acompanhar, por vezes desbravar o progresso jurídico da União, do seu direito e das obrigações que incumbe aos

¹ Relembramos a afirmação de DONNER, primeiro presidente do Tribunal de Justiça da União Europeia: «[d]ans le domaine du droit, le vingtième siècle paraît destiné à devenir le siècle du juge», da qual se reitera a importância para este ramo do contributo dado pela jurisprudência no desenvolvimento dos vários princípios que regem o Direito da União (BARAV, 1994: 268).

Estados-membros cumprir e dar forma. Como FAUSTO DE QUADROS explica, foi ao Tribunal de Justiça que coube «*encontrar soluções e a construir conceitos e institutos que não figuravam, de modo expresse, nos Tratados*» (QUADROS, 2013: 379).

Não será excessivo dizer, que o ponto alto da efetividade no discurso do Tribunal de Justiça terá ocorrido no acórdão *Simmenthal* (TJUE, Proc. C-107/76, 1978). Nesta decisão histórica, fora declarado pelo Tribunal de Justiça que o princípio do *primado*, de onde se retira a primazia do direito da União sobre o direito dos Estados-membros e a *aplicabilidade direta* das disposições dos tratados e a sua inclusão nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, «*obsta(m) à adoção válida de medidas incompatíveis com o Direito Comunitário*» (TJUE, Proc. C-107/76, 1978, cons. 17).

O nosso interesse particular na questão proposta – para além da afirmação que expressamente aparenta *precluir a validade das medidas nacionais adotadas em desconformidade com o direito da União* – reveste a ideia de que da obrigação decorrente de *Simmenthal*, impondo ao juiz nacional a desaplicação da norma interna incompatível – retirando-lhe eficácia –, nunca se procurou extrair a invalidade como consequência lógica para aquelas normas em situação de desconformidade com o direito da União, ficando-se inexplicavelmente aquém da solução formulada no texto do acórdão. Aliás, neste âmbito, embora a doutrina aponte (CRAIG & DE BURCA, 2015: 359), juntamente com o Tribunal de Justiça em *French Merchant Seaman* (TJUE, Proc. 167/73, 1974, cons. 35, 41, 47 e 48) que cabe ao Estado-membro revogar as normas incompatíveis² – nunca se considerou pragmaticamente a possibilidade de um cenário de controlo de adequação da legalidade das normas internas perante o direito da União, a ser feita pelos Estados-membros – pelo que estes conservam a liberdade de adequar ou não os seus ordenamentos jurídicos, sendo a questão eventualmente solucionada em momento posterior pelo poder jurisdicional nacional, o qual afastará o direito interno em situação de desconformidade.

O objeto deste trabalho prende-se com a seguinte questão: *será possível consagrar alguma solução que permita aos tribunais dos Estados-membros lançar mão de um mecanismo de controlo da legalidade de normas internas contrárias ao direito da União com efeitos gerais e abstratos, suprimindo-a do ordenamento jurídico?* Mais do que

² Conforme explica o Tribunal de Justiça na sua pronúncia: «(...) a República Francesa, ao manter inalteradas, nestas condições, no que diz respeito aos nacionais dos outros Estados-membros, as disposições do segundo parágrafo do artigo 3.º do Code du travail maritime, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 48.º do Tratado e do artigo 4.º do Regulamento n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968». (TJUE, Proc. 167/73, cons. 48).

dedicado às palavras esquecidas do Tribunal de Justiça, uma ala do edifício jurisprudencial que fora abandonada a favor do pragmatismo decisório do juiz nacional, suscitará ainda uma análise à ordem jurídica da União Europeia como fenómeno de integração de tipo federal, visando ainda estabelecer-se um diálogo entre os modelos federais de controlo de conformidade normativa como desiderato de efetividade e as suas particularidades específicas, por forma a estudar eventuais perspetivas de evolução que permitam alcançar uma concretização mais profunda da efetividade na União Europeia.

O nosso trabalho procurará numa primeira fase, apresentar não apenas uma conceptualização jurídica que vise compreensivamente discernir o sentido evolutivo da integração europeia, mas também olhar para as fontes de direito da União e para os atos institucionais criados em razão dessas fontes. Atentaremos também em análise jurisprudencial, ao contributo do TJUE relativa ao desenvolvimento das doutrinas mais importantes que acompanharam o processo de integração. Isto é relevante em razão do desenvolvimento, em sentido contrário, de um conjunto de doutrinas limitadoras do escopo integrador do direito da União, visando acautelar eventuais excessos do lado europeu da equação. Estas doutrinas foram desenvolvidas em exclusivo pela jurisprudência constitucional dos Estados-membros e continuam, hoje em dia, a servir como último reduto, não da autonomia Estadual, pois essa é consagrada pelo próprio direito da União, mas fundamentalmente da ideia de identidade constitucional e dos princípios fundamentais a ela associados, limites pertencentes e impostos pelos Estados-membros à União.

Após o estudo caracterizador do direito da União e do carácter da vinculação dos seus Estados-membros nos primeiros dois capítulos e com a finalidade de debater e encontrar uma solução adequada ao tema proposto, faremos, no terceiro capítulo, um estudo comparativo das várias soluções federais existentes em diversos ordenamentos jurídicos de cariz federal – desde soluções de natureza anglo-americana em cujo controlo sobre as normas é realizado de forma difusa ou descentralizada, até às soluções de natureza continental, de cariz normativo, com ênfase dado a um controlo de natureza concentrada ou centralizada, dos quais se destaca o modelo o austríaco de controlo de normas. Este estudo comparativo permitir-nos-á identificar não apenas o método de controlo e as diferentes particularidades encontradas nas soluções previstas pelos vários ordenamentos, mas também vários elementos de natureza federal constantes em cada solução implementada pelos diferentes

sistemas, pelo que iremos contrastar os mesmos com as soluções existentes na União Europeia e finalmente aferir da sua hipotética implementação no âmbito do nosso trabalho.

Este será, aliás, um dos principais contributos deste trabalho, isto é, contrastar o caminho evolutivo visando a aplicação do direito da União pelos tribunais nacionais com os mais distintos percursos federais, de modo a que seja possível enriquecer a nossa compreensão do fenómeno da desconformidade normativa entre as unidades federadas e a unidade federal, e assim, no que concerne ao controlo da adequação dos atos nacionais desconformes com o direito da União, discutir e apresentar soluções de aperfeiçoamento do sistema de controlo normativo dos Estados-membros face ao ordenamento jurídico Europeu.

No seguimento deste exercício teórico, procuramos, no quarto capítulo, por forma a apresentar um conjunto de soluções de controlo sobre normas a implementar no seio da União, debater qual é a obrigação de conformação *nacional* dos vários atos estaduais perante o direito da União. Isto é, de que forma se encontram obrigados os Estados-membros a conformar os vários atos (legislativos, administrativos, judiciais, etc.) perante o direito da União. Iremos posteriormente, como indicamos, no final do capítulo, apontar um conjunto de soluções de cariz interno, visando um possível controlo normativo a ser exercido internamente, no seio do nosso sistema judicial. Faremos também um contraste entre as várias soluções possíveis, apresentando no último subponto deste capítulo, uma solução própria e autónoma, visando o conhecimento da legalidade dos atos internos em situação de desconformidade com o direito da União.

O contraste entre as palavras do Tribunal de Justiça – isto é, que o princípio do *primado* e a *aplicabilidade direta* das disposições dos tratados e a sua inclusão nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, «*obsta(m) à adoção válida de medidas incompatíveis com o Direito Comunitário*» (TJUE, C-107/76, 1978, cons. 17) – tal se traduz na obrigação de desaplicação do direito interno contrário ao direito da União. Estas obrigações não obstam, porém, à implementação, por parte dos Estados-membros, de medidas suplementares visando salvaguardar a efetividade dos direitos atribuídos aos cidadãos pelo ordenamento jurídico da União. Tal exercício resultará na possibilidade de se conseguir controlar a legalidade das normas internas desconformes ao direito da União.

Será que do estudo da evolução do princípio da efetividade se conseguirá retirar uma solução de controlo da legalidade das normas internas perante o direito da União Europeia? Será possível declarar uma norma interna desconforme ao direito da União como inválida?

A resposta a estas questões é relevante e continuará a sê-lo, não apenas em razão da crescente complexidade do processo de integração, mas também da dinâmica entre os ordenamentos jurídicos da União e dos seus Estados-membros. Constatase, nesse âmbito, que a natureza do processo de integração europeu assume de maneira crescente uma intervenção cada vez maior em ramos do Direito que anteriormente se encontrariam na competência autónoma dos Estados-membros, culminando na posterior existência de regulação ao nível europeu. Nos termos que acabamos de expor, não podemos deixar de referir que o direito da União Europeia é, no nosso entender, o ramo da ciência jurídica que, num curtíssimo espaço de tempo, mais evoluiu, exatamente com a finalidade de solucionar os problemas levantados pela complexa relação entre os vários interlocutores do diálogo constitucional europeu. Esta questão continuará a ser relevante qualquer que seja a natureza jurídica que se identifique no ordenamento jurídico da União³, pois o mesmo é criador de direitos e de obrigações cujo conteúdo normativo demonstra primazia sobre as disposições internas dos ordenamentos dos Estados-membros (TJUE, Proc. 6/64, 1964).

É neste espírito que, apresentada a relevância do presente tema e prevendo uma crescente exigência na contínua aplicação do direito da União pelos nossos tribunais, se clama pelo aprofundamento para as questões jurídico-europeias. O mesmo é verdade para a comunidade jurídico-académica. É necessário, num âmbito constante, cultivar a compreensão de como os direitos nacionais se relacionam com o direito da União Europeia. Neste sentido, esperamos que o nosso estudo para a construção jurídico-dogmática de como esta relação entre ordenamentos evoluirá, com acrescida relevância para o funcionamento da União e dos Estados-membros que a compõem, consiga contribuir naquilo que é presente objetivo de alcançar um melhor entendimento deste ramo da ordem jurídica.

³ Não obstante, a discussão sobre a natureza jurídica da União Europeia é algo que tem vindo permanentemente a acompanhar a existência da mesma, da qual resultam as várias figuras que são avançadas para descrever a realidade que é a União: entidade supranacional (HARTLEY, 2003: 10) organização internacional intragovernamental (MOTA DE CAMPOS, 2010: 65), organização internacional *sui-generis*, (GORJÃO-HENRIQUES, 2019: 17), sempre em volta daquilo o que é a união económica ou política de Estados.

Capítulo 1. A ordem jurídica da União Europeia

«Make men work together, show them that beyond their differences and geographical boundaries there lies a common interest» (Jean MONNET).

1.1. A natureza parafederal da ordem jurídica da União

No fenómeno de integração político-económica europeu, a ordem jurídica da União Europeia foi indubitavelmente o elemento que suscitou maior fascínio por parte da doutrina jurídica. Foi, aliás, alvo de ampla discussão doutrinária durante as várias décadas posteriores à sua formação, sem que se tenha conseguido chegar a um verdadeiro consenso sobre a sua natureza jurídica. Ainda assim, parece ser maioritária a ideia de que a União Europeia se reveste de um *sistema jurídico-constitucional multinível*, com uma repartição de competências entre um *nível supranacional* e um *nível estadual* muito semelhante ao da tradicional doutrina federalista (BÖRZEL & HOSLI, 2003: 185). Como explica VITAL MOREIRA (2014: 25) encontramos-nos perante *«uma ordem jurídica endógena e autónoma em relação à ordem jurídica internacional e à dos Estados-membros (...) composta não somente pelos Tratados constitutivos mas também pelos tratados internacionais concluídos pela própria União, pelos seus atos legislativos, (...) paralegislativos, (...) acordos interinstitucionais, (...) tudo isso informado por uma rica jurisprudência e por uma extensa e profunda elaboração doutrinária (...), uma ordem dotada de hierarquia e de estrutura»*¹.

A esta ideia opor-se-á o pensamento de que a União não é mais do que o fruto da *transferência de soberania* dos seus Estados-membros e que, portanto, resultando de uma atitude delegatória da vontade destes, *«não atinge ainda a forma que corresponda ao nível de legitimação de uma democracia constituída como Estado»* (GORJÃO-HENRIQUES, 2019: 25-26). Esta doutrina não surgira desprovida de fundamento, pois, como explica KRISCH

¹ Embora hoje seja comum o tratamento do direito da União Europeia em termos constitucionais, nem sempre assim o foi, veja-se, entre nós, a obra de Francisco Lucas PIRES (1997) como o primeiro exemplo do tratamento nestes termos pela doutrina portuguesa.

(2011: 387), no pensamento pluralista ambos os sistemas jurídicos – da União e dos Estados-membros –, «*had internally plausible claims to ultimate authority*». Assim, seria(m) a(s) Constituição(ões) nacional(ais) o último reduto de legitimação democrática estadual, o qual juntamente com a doutrina da atribuição de competências à União Europeia resulta na ideia de sujeição do projeto de integração europeu à mera vontade de coordenação intergovernamental por parte dos Estados-membros (MORAVCSIK, 1993: 480).

Todavia, tais conceções não tomam em consideração o elemento que destaca a União Europeia dos restantes fenómenos de cooperação de natureza internacional, isto é, a sua *autonomia* como característica de afirmação desta fonte de Direito absolutamente distinta das ordens jurídicas dos Estados-membros e da ordem jurídica internacional (ELANG, 2013: 189).

A autonomia do direito da União Europeia possui assim duas vertentes distintas: em primeiro lugar, na lógica de autolegitimação do ordenamento jurídico (ÖBERG, 2020: 184), ou seja, a capacidade de não apenas legislar, como interpretar e aplicar essa legislação através dos seus próprios mecanismos, sem a necessidade de procurar legitimação noutra ordenamento jurídico (BARENTS, 2004: 172)². A segunda vertente opõe a natureza *comunitária* deste direito face ao direito internacional, no sentido em que o funcionamento jurídico da União se afasta do conjunto de regras que visam regular as relações entre Estados soberanos (KLAMERT, 2017: 819).

De igual forma, não parece ser tomado na devida consideração aquilo que VON BOGDANDY (2010: 106) apelida de *princípios constitucionais* ou *fundamentais* contidos no Título I do Tratado sobre a União Europeia (em diante TUE), nomeadamente a liberdade, a democracia, o respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais e o estado de direito. Assim, a elaboração da União adota um *discurso constitucional* fundado num ideal político-liberal tangível na repartição de competências, no princípio da cooperação leal e no reconhecimento das identidades nacionais e constitucionais dos Estados-membros, delineando os «*founding principles of the federal relationship between the EU and its Member States*» (VON BOGDANDY, 2010: 106).

Com efeito, o caráter autónomo do ordenamento jurídico da União Europeia, terá necessariamente de incluir os diferentes tipos de atos legislativos e um sistema de controlo

² Conforme explica KLAMERT (2017: 819), a celebre decisão *Costa v. Enel* (TJUE, Proc. 6/64, 1964) expõe em suma o caráter de autolegitimação da autonomia do ordenamento jurídico da União, assim «*[f]irst, it laid the ground for discussion on the independence of the EU from the Member States and of EU law from Member State law. This addresses the legitimacy of the EU and the related question of who is the final arbiter in the court system of the EU...*»

da conformidade desses atos com os *textos dotados de valor constitucional* – nomeadamente os Tratados –, objeto que trataremos no presente capítulo. Do mesmo modo, deverá estar incluído nesse sistema autónomo um conjunto de regras de vinculação dos Estados-membros ao seu direito, assim como mecanismos destinados à fiscalização do cumprimento das obrigações às quais os Estados-membros estão adstritos, algo de que nos ocuparemos no capítulo seguinte.

O conceito federalista que aponta para a partilha de soberania em vários níveis (BÖRZEL, 2014: 246) por forma ao exercício de competências (exclusivas e comuns) no seio deste ordenamento jurídico autónomo, ser-nos-á útil para apresentar o sistema resultante do fenómeno jurídico-político de integração, antes de entrarmos naquilo que serão as questões de controlo de validade dos atos jurídicos nacionais, objeto principal deste estudo.

A ideia da existência do *supranacionalismo*, isto é, o nível governativo de *cunho superior*³ que se situará entre a autoridade dos Estados-membros, e o *intergovernamentalismo*, este último tradicional das relações internacionais entre os Estados, decorre do ideal federal já presente na organização da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (em diante CECA), (CUNHA, 2002: 147)⁴. Como BURGESS (2000: 262) indicou, embora os primeiros momentos da União fossem marcados por uma semelhança a uma confederação económica, «*these elements in practice coexisted with distinctly federal features*». A existência de instituições dotadas de carácter *supranacional* – a Comissão, o Tribunal de Justiça, o Parlamento Europeu e até mesmo o Banco Central Europeu – salta à vista como sendo um elemento de raiz distintamente federal (FABRINNI, 2005: 10), não obstante a inclusão de várias instituições de composição intergovernamental, como o Conselho como uma porta para negociação entre os governos dos vários Estados-membros participantes no projeto de integração (KOSLOWSKI, 2011: 568). Desta forma, conforme explicam FABRINNI & SICURELLI (2004: 236), o poder político seria distribuído verticalmente entre as várias autoridades – supranacionais, nacionais e regionais –, «*[t]he EU has multiple levels of governance, and provides state and supra-state interests with a representation channels at the central level.*». Esta ideia está de acordo com WEILER (2001: 55) «*a set of*

³ Mais do que ser um nível governativo que escapa ao controlo dos Estados-membros num nível de governo *inferior*, o *supranacionalismo* caracteriza-se pela concentração dos esforços dos Estados. Vide a explicação de RUGGIE (1998: 195): «*the collectivity of members as a singularity, in addition to the central institutional apparatus of the EU, has become party to the interstate strategic interaction*».

⁴ Para uma leitura mais aprofundada sobre os impulsos da ideia federal no processo de integração europeu vide CUNHA (2000).

constitutional norms regulating the relationship between the Union and its member states... has emerged, which is very much like similar sets of norms in most federal states».

Assim, o valor *supranacional* do ordenamento jurídico da União Europeia não é diferente da ideia *federal*, porquanto «*[f]ederalism is about divided and shared sovereignty under the precept of non-centralization (...) Core to federalism is balancing self-rule and shared rule within a system of constitutional constraints»* (FOSSUM & JACHTENFUCHS, 2017: 477)⁵. O que está em causa é o *balanço de poderes* no exercício de *soberania partilhada* entre os Estados-membros, através de um conjunto de instituições dotadas de poderes próprios, com a capacidade de adotar atos cuja implementação caberá às autoridades nacionais.

Para além disto, veja-se que a natureza da organização institucional da União Europeia afasta-se das organizações internacionais, pela seguinte razão: a integração das unidades territoriais compostas pelos diversos Estados-membros dá margem à existência de um conjunto de princípios não-territoriais de especialização organizacional (EGEBERG, 2001: 731). Quer isto dizer que as *instituições* da União se regem através de *princípios não-territoriais de especialização organizacional*, com a exceção do Conselho, o qual é permeável à existência de *interesses territoriais*, diretamente se contrapõe à ideia da primazia destes interesses por parte dos Estados-membros. No espectro horizontal entre as instituições que se regem pelo combate entre as vontades e os *interesses territoriais* das unidades integradas – instituições clássicas de natureza internacional – e o Estado *unitário*, o qual é unicamente composto pelo funcionamento de regras *não-territoriais de especialização organizacional*, ao invés dos interesses das unidades sub-territoriais, encontram-se as federações, no qual os *interesses territoriais* das unidades integradas coexistem com os *princípios não-territoriais de especialização organizacional* (EGEBERG, 2001: 734)⁶.

⁵ Em sentido oposto a esta ideia *vide* a opinião de Ana Maria GUERRA MARTINS (2018: 228) «*[p]or muito interessante que seja a afirmação do federalismo fora do quadro estadual, ela em nada contribui para esclarecer o nosso problema, pois todos os exemplos históricos de federalismo de integração se reconduzem ao quadro estadual. A eventual e única exceção seria a União Europeia, o que põe em dúvida o bem fundado da solução»*. Todavia, o ponto que leva esta autora a admitir que o federalismo não será um modelo adequado para explicar a natureza jurídica do ordenamento jurídico europeu é exatamente o ponto em que WEILER (2001: 14) intervém, explicando que o federalismo na União Europeia é diferente pela sua própria natureza: «*Europe has charted its own brand of federalism»*.

⁶ Um balanço que é visível no funcionamento, por exemplo, do sistema bicameral dos sistemas federais, ao qual a dinâmica Parlamento Europeu-Conselho não é exceção. Conforme indica aquele autor, nos sistemas federais, a composição da câmara alta poderá seguir três tipos distintos: (i) representação direta do eleitorado (ex. o Senado norte-americano); (ii) eleição dos representantes parlamentos nacionais (ex. Conselho Federal austríaco); (iii) *representação dos governos regionais* (ex. *Budsrat* alemão), cujo modelo é seguido pelo Conselho na União Europeia (EGEBERG, 2011: 734).

Curiosamente, os elementos federais patentes na atual organização institucional da União, depois de Maastricht e de Lisboa – nomeadamente, o princípio da especialidade na definição das atribuições da União, a dupla representatividade das instituições da União (representação dos cidadãos da União no Parlamento Europeu e dos Estados-membros no Conselho Europeu e no Conselho), a dupla cidadania (cidadania nacional e cidadania da União), a existência de um *bill of rights* da União, a regra da igualdade e da deliberação por maioria no Conselho, a codecisão legislativa entre o Parlamento e o Conselho, a aplicação direta e a primazia do direito da União na ordem jurídica dos Estados-membros – seguem a filosofia de ALTIERO SPLINELLI, o qual se opunha à ideia de integração de cariz funcionalista⁷, cumulativa e gradual de JEAN MONNET (VERDUN, 2016: 103), a qual viria a tornar-se regra no processo de integração europeu. A crítica de SPLINELLI prendia-se com as limitações inerentes do modelo funcionalista, pois o poder político central das *Comunidades* manter-se-ia empobrecido, «*weak and impotent, lacking the capacity to go much beyond what already existed and unable to adapt to new forces and problems encountered at the European level*» (BURGESS, 1996: 4). Todavia, a opção pelo caminho preconizado por MONNET não resultou na inexistência das instituições de carácter federal, nem por outro lado, resultou numa proeminência do intergovernamentalismo; quando muito, fora encontrado o balanço entre o funcionamento supranacional e as condicionantes de carácter intergovernamental, sobre as quais escrevemos acima.

Sobre isto, BURGESS (2006: 246) indica que, não obstante o intergovernamentalismo subsistente na União, o qual a aproximaria mais das confederações, «*in another sense – that of supranationalism – the logic of European integration seems to portend the transcendence and transformation of the national state into a new, overarching, multinational federation (...) Here it would be a federation of existing, mainly mature, nation states*». Portanto, a União Europeia, não sendo embora um Estado~, pode bem ser compreendida como uma espécie de federação multinacional (“federação de Estados-Nação”); aliás, apenas a sua compreensão como tal permite um «*understanding of its present condition and prospects for*

⁷ Atente-se na definição do *funcionalismo* na União apresentada por SILVEIRA (2007: 420): «*a lógica funcionalista, isto é, as competências comunitárias são basicamente concebidas em termos de redes decisórias para as quais releva a participação de tantos mais actores quanto for possível na definição dos projectos comuns (instituições comunitárias, governos nacionais, regiões, entidades locais, associações representativas de interesses, etc.). A exacta delimitação dos âmbitos materiais sobre os quais recaem tais decisões resta secundarizada, posto que o que efectivamente importa em termos de legitimidade comunitária é a comparticipação ou partilha de responsabilidades na definição das actuações comuns e a sua realização*».

further development» (PINDER, 2007: 16), no sentido do aprofundamento das políticas de integração.

Veja-se, por exemplo, o funcionamento do Sistema Europeu de Bancos Centrais (em diante SEBC), responsável pela «*definição e execução da política monetária da União*» nos termos do artigo 127.º n.º 2 do TFUE, e a competência exclusiva do Banco Central Europeu para a autorização e emissão de notas bancárias na União e a aprovação do volume de emissão de moedas na União, por força do artigo 128.º TFUE. Comenta VERDUN (2016: 106) que «*[n]ational banks do not have authority to set their own individual policies insofar as currency is concerned.*».

Mesmo considerando o carácter intergovernamental do Conselho, veja-se que SMILEY (1980: 91) e WATTS (1988, 1989: 3) caracterizaram o mesmo como *federalismo executivo*, não um verdadeiro intergovernamentalismo, isto é, caracterizado por processos de negociação intergovernamental pelos governos de um determinado sistema federal⁸. O intergovernamentalismo presente na União Europeia insere-se nesta definição (BICKERTON, HODSON & PUETTER, 2014), não só nas regras de decisão do Conselho, que após a introdução da regra de maioria qualificada se retemperaram de um espírito supranacional, mas também em sede da própria negociação no Conselho Europeu⁹. Conforme explicam, «*intergovernmentalism also highlights the way in which certain behavioural norms associated with supranationalism – namely deliberation and consensus seeking – have become uncoupled from their traditional supranational settings and function as the operative norms for EU Member States.*» (BICKERTON *et al.*, 2014: 4).

Do ponto de vista sistémico, veja-se que a justaposição normativa do direito da União Europeia e do direito interno dos Estados-membros resultou na formação, para Ingolf PERNICE (2015: 454), de um sistema unitário refletido em três conjuntos de princípios constitucionais, cujo objetivo é reger a arquitetura constitucional da União, muito semelhante a um sistema federal. Em primeiro lugar através do princípio da atribuição previsto no artigo 5.º, n.º, 2 do TUE e artigo 7.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (em diante TFUE), o qual assegura uma atribuição à União de “competências” exclusivas e concorrenciais, ficando estas limitadas pelo princípio da subsidiariedade previsto no artigo 5.º, n.º 3, do TUE, sujeito a controlo exercido pelos parlamentos nacionais.

⁸ O que ABALLE (2009: 6) apelida de «*European intergovernmental federalism*».

⁹ Não haverá possivelmente melhor exemplo do que a dura negociação entre os Estados-membros relativamente à crise económica e financeira de 2008, à crise das dívidas soberanas que se lhe seguiu, à crise migratória da década passada e atualmente à crise sanitária (e possivelmente económica) trazida pela pandemia de SARS-CoV2 (Covid19).

Além deste princípio, toda a ação da União está sujeita ao princípio da proporcionalidade. Em segundo lugar, surge a sujeição dos Estados-membros à dinâmica estabelecida pelo *princípio do primado do direito da União* (TJUE, Proc. 6/64, 1964), o qual determina que em caso de conflito entre o direito da União e o direito interno dos Estados-membros, prevalecerá – terá primazia – o primeiro. Quer isto dizer, por um lado, que as administrações nacionais que implementam ou executam o direito da União nos termos do artigo 291.º n.º 1 TFUE, encontram obrigadas ao *princípio da cooperação leal* previsto no artigo 4.º n.º 3 TUE e vinculadas ao *princípio do primado*. De igual maneira, os tribunais nacionais que «asseguram a tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União» na letra do segundo parágrafo do artigo 19.º n.º 1 do TUE, encontram-se igualmente vinculados por aquele princípio. Finalmente, atente-se nas salvaguardas constitucionais relativas aos princípios gerais de direito e nos valores comuns patentes no artigo 2.º do TUE, assim como a implementação de um *bill of rights* europeu – a *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia* (em diante CDFUE) –, sem prejuízo do englobamento do conteúdo da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (em diante CEDH) e das tradições constitucionais dos Estados-membros, nos termos dos artigos 6.º do TUE e 51.º da CDFUE.

Diante deste quadro, resta-nos refletir nas palavras de WILER (2001: 68): «*Member States accept the European constitutional discipline not because as a matter of legal doctrine, as is the case in the federal state, they are subordinate to a higher sovereignty and authority attaching to norms validated by the federal people. (...) They accept it as an autonomous voluntary act of subordination, in the discrete areas governed by Europe to a norm which is the aggregate expression of other wills, other political identities, other political communities*». Assim, embora não sejam *formalmente* considerados como *estados federados*, a atuação dos Estados-membros *materialmente* rege-se de acordo com um texto materialmente constitucional, ao qual aderiram voluntariamente, que efetivamente limita a sua soberania em razão do interesse europeu que é partilhado por estes, no sentido de um aprofundamento de natureza federal, «*as a result, this high level of material integration reached by the EU can be compared to the one usually found in federations (...). The European integration process has achieved the creation of an independent legal order, in*

which intersystemic relations are based on a federal-type arrangement» (ABALLE, 2009: 5-6)¹⁰.

1.2. Traços federais da UE

A arquitetura constitucional de tipo federal da União Europeia prevista nos Tratados é assim responsável não apenas pela delimitação das competências da União e o seu funcionamento institucional, mas também pela incumbência de execução dos vários atos – legislativos e paralegislativos – às autoridades nacionais dos Estados-membros. Em contrapartida, estas “unidades federadas” participam politicamente na atividade legislativa realizada ao nível da União. Esta integração multissistémica com características *federais* próprias pode ser demonstrada através do quadro comparativo (QC) *infra*:

Quadro comparativo de traços federais: Estado federal – União Europeia

Características	Estados federais	União Europeia
Dois níveis de poder político sobrepostos	Sim	Sim
Órgãos legislativos, executivos e judiciais próprios	Sim	Sim
Dupla representação dos cidadãos em geral e das entidades políticas integradas	Sim	Sim
Constituição própria em ambos os níveis	Sim	Sim
Dupla cidadania política	Sim	Sim
Participação das unidades integrantes no poder político da entidade superior	Sim	Sim
Aplicação direta e preeminente do direito da entidade superior nas unidades integradas	Sim	Sim

¹⁰ Não podemos deixar de mencionar a opinião de STEIN (1979: 901) que de um modo mais reservado apelidou o federalismo europeu como uma «*incipient federal structure*», dado o escopo puramente económico no momento da sua criação, adicionando, no entanto, que «*from a strictly normative viewpoint it has made little difference that the Community was established by a network of treaties than from a formal constitution*». Ainda assim, comenta ABALLE (2009: 8), «*American and European institutional frameworks share the common peculiarity of having fashioned a particular legal landscape, in which the hierarchization of intersystemic relation is based on the implementation of the principle of supremacy of central law*».

Vinculação das unidades federadas à constituição da entidade superior	Sim	Sim
Vinculação das unidades integradas ao direito infraconstitucional da entidade superior	Depende	Sim
Controlo superior da validade das leis das unidades integradas	Sim	Não
Controlo infrafederal da validade das leis das unidades federadas	Depende	Sim
Sanções de natureza federal pelo incumprimento das obrigações pelas unidades integradas	Depende	Sim

Veja-se que à primeira vista a União Europeia aparenta reunir um maior número de traços federais do que os próprios estados federais, dado que não é possível determinar com segurança, sem analisar concretamente cada federação: (i) se o direito federal infraconstitucional – as normas ordinárias de valor federal – vinculam as autoridades estaduais; (ii) se existe um controlo das leis *infrafederais* – ou estaduais – por parte das autoridades das *unidades federadas*; e (iii) se o direito federal prevê sanções a aplicar às unidades federadas pelo incumprimento das obrigações a que estão adstritos. Na União Europeia todas estas características são encontradas. Já a pluralidade de soluções encontradas pelos vários ordenamentos federais determina a inexistência de consenso no que concerne às características *supra*, pelo que um esforço comparativo só teria sucesso após a determinação específica de uma federação com essa finalidade. Ainda assim, é importante ter em conta que nem todas as federações possuirão os traços federais que apontamos neste parágrafo, pois como explicam CLAES & VISSER (2012: 84) existem vários arquétipos de estruturas federais, cada uma com as suas próprias características, pelo que importa neste ponto, demarcar que se pode identificar a União Europeia como possuidora de um sistema de tipo federal, através da constatação da existência de um determinado número de características típicas, embora estas não se encontrem necessariamente em todos os tipos federais pré-determináveis do ponto de vista hipotético¹¹.

¹¹ Facto assente, no entanto, é que as características que permitem identificar a União Europeia como uma entidade de tipo federal têm sido amplamente discutidas pela doutrina mesmo que o sejam através de

Para que se consiga ter uma melhor ideia de como estas características estão presentes e operam na União Europeia, necessitamos de verificar o seu funcionamento individual.

a) Dois níveis de poder político integrado

Conforme resulta do que escrevemos acima, o exercício do poder político em sentido amplo na União Europeia ocorre em dois níveis distintos, mas integrados. Em primeiro lugar possuímos o nível *supranacional* composto pelas instituições, órgãos e organismos da União, as quais atuam num campo de “competências” (*rectius*, atribuições) que podem ser exclusivas da União – aquelas do artigo 3.º TFUE –, ou partilhadas entre a União e os Estados-membros – o caso do artigo 4.º TFUE –, sendo que a União apenas poderá atuar quanto às segundas verificados os pressupostos do princípio da subsidiariedade previstos no artigo 5.º n.º 3 do TUE. Este poder político que é exercido a nível *supranacional* nas instituições da União conta com a participação dos Estados-membros a nível das deliberações do Conselho nos termos do artigo 16.º, n.º 2, do TUE, o qual exerce funções legislativas a par do Parlamento, por força do n.º 1 do mesmo artigo. Esta característica revela o tipo bicameral do exercício do poder legislativo, sendo que o Parlamento se configura como o órgão político representativo dos cidadãos, porquanto o Conselho representa os Estados-membros.

Já os Estados-membros, para além da sua participação nos termos *supra*, perfazem *o outro nível de poder político – o nacional* –, atuando no sentido de executar as várias medidas legisladas pelo nível *supranacional*. Esta realidade está contida no segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 4.º TUE «[o]s Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União.». Ademais, os Estados-membros têm ainda a obrigação de tomar «todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos atos juridicamente vinculativos da União.» nos termos do artigo 291.º n.º 1 TFUE.

A governação é assim feita a dois níveis: em primeiro lugar, pela legislação oriunda das instituições da União, em que os Estados-membros também possuem voz; em segundo lugar, através de medidas de implementação da legislação da União levadas a cabo pelos Estados-membros. Daqui resulta uma coexistência jurídico-política dos dois níveis de poder

vários conceitos diferentes. *Vide*, neste sentido BURGESS (2000), MCKAY (2001), GOLDSTEIN (2001), MENON & SCHAIN (2006), DOSENRODE (2007) e SCHÜTZE (2009).

político, quer a nível de decisão política, quer a nível da legislação existente. Ainda no que toca ao controlo do poder político sobre o poder executivo, conforme indica VITAL MOREIRA (2014: 31) «*tal como sucede em muitos Estados federais, o controlo político sobre o órgão executivo (no caso da Comissão) incumbe somente à câmara representativa dos cidadãos e não à câmara representativa das unidades federadas.*».

b) Órgãos legislativos, executivos e judiciais próprios

Em segundo lugar do QC relativo aos traços federais existentes na União Europeia vem patente a existência de *órgãos legislativos, executivos e judiciais* próprios da União, os quais revestem autonomia de funcionamento e competências próprias. De igual modo, conforme explicamos para a questão dos dois níveis de poder integrado, os órgãos da União, independentemente dos poderes que exercem, coexistem com os seus congéneres estaduais. Assim, o poder legislativo, que é exercido em regra pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho; o poder executivo exercido pela Comissão, não obstante a prerrogativa quase-exclusiva sobre a iniciativa legislativa; e o poder judicial exercido pelo TJUE – a nível federal –, encontram os seus congéneres estaduais – legislativo, executivo e judicial – no nível nacional.

c) Dupla representação dos cidadãos em geral e das entidades políticas integradas

A par das restantes instituições próprias da União, o Parlamento Europeu surge em primeiro lugar na listagem institucional do artigo 13.º TUE, assim como normativamente no artigo 14.º, encabeçando assim o tratamento específico de cada instituição dado pelo título III do TUE. Caracteriza-se efetivamente como o órgão representativo dos “*cidadãos da União*”, assegurando o respeito da União pela “*democracia representativa*” nos termos dos artigos 10.º n.º 1 e 14.º n.º 2 TUE¹². A organização do Parlamento obedece à regra de

¹² Necessitamos de chamar à atenção, neste ponto, para a posição do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), (em diante TCF alemão), no seu acórdão sobre a ratificação do Tratado de Lisboa – *Lissabon Urteil* (BvefGE, Proc. 2 BvE 2/08, 2009, cons. 280), posicionando-se contrariamente à determinação do Parlamento como órgão representativo do povo europeu, apoiando-se na leitura do artigo 14.º, n.º 2, TUE, porquanto este será apenas um órgão representativo dos cidadãos dos Estados-membros. Conforme se pode ler na sua decisão: «*Comparado com os requisitos de um estado constitucional, mesmo após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a União Europeia não possui um órgão de decisão política, criado em eleições equitativas por todos os cidadãos da União, e com a capacidade de representar uniformemente a vontade do povo (...)* Mesmo após a reformulação do Artigo 14.º n.º 2 do TUE Lisboa, e a contrario daquilo que parece afirmado pelo artigo 10.º n.º 1 TUE Lisboa, de acordo com o seu texto, o Parlamento Europeu não é um órgão representativo de um povo europeu soberano. Isto está refletido, no facto de que este é conceptualizado como representante dos cidadãos nos respetivos contingentes nacionais, e não como representante dos cidadãos da

proporção degressiva em relação à população dos Estados-membros, para assegurar uma atribuição mais equitativa de lugares oriundos de cada Estado-membro. Conforme se indicou *supra*, o Parlamento exerce, junto com o Conselho, a função legislativa e a função orçamental nos termos do n.º 1 do artigo 14.º TUE.

Conforme explica Maria Luisa DUARTE (2017: 156), o Parlamento Europeu evoluiu ao longo da sua existência, em primeiro lugar alterando a sua denominação por vontade própria¹³ de *Assembleia* para *Parlamento Europeu* e, em segundo lugar, «*passando de um mero órgão de consulta para o órgão de decisão política que é hoje, confirmado e alentado pelo Tratado de Lisboa.*».

Num estudo comparativo realizado por KREPPEL (2006: 248), foi afirmado que «*[u]nder the codecision procedure more than 80% of the European Parliament's amendments are ultimately adopted by the other institutions and converted into law. This is an unprecedented success rate when compared to the national parliaments of the member states. In most national parliamentary systems the majority of substantive amendments are introduced by the opposition, which being the opposition and lacking majority support, is most often unsuccessful in affecting policy outcomes.*». Embora refira a óbvia diferença entre o sistema bipartidário norte-americano e o sistema existente de grupos parlamentares na União Europeia, o número de semelhanças (a existência e funcionamento de comissões permanentes especializadas, a inexistência de disciplina parlamentar, o *cross party voting*, a independência do poder legislativo e executivo e o alto número de interesses representado no Parlamento Europeu em razão das variações regionais) aproximam o Parlamento Europeu à *House of Representatives* norte-americana de forma superior do que o aproximariam a qualquer parlamento nacional de um dos seus Estados-membros (KREPPEL, 2006: 249-250)¹⁴

União, unidos sem diferenças, de acordo com o princípio da igualdade eleitoral.». NT (do original em língua alemã): «*Gemessen an verfassungsstaatlichen Erfordernissen fehlt es der Europäischen Union auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon an einem durch gleiche Wahl aller Unionsbürger zustande gekommenen politischen Entscheidungsorgan mit der Fähigkeit zur einheitlichen Repräsentation des Volkswillens. (...) Das Europäische Parlament ist auch nach der Neuformulierung in Art. 14 Abs. 2 EUV-Lissabon und entgegen dem Anspruch, den Art. 10 Abs. 1 EUV-Lissabon nach seinem Wortlaut zu erheben scheint, kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes. Dies spiegelt sich darin, dass es als Vertretung der Völker in den jeweils zugewiesenen nationalen Kontingenten von Abgeordneten nicht als Vertretung der Unionsbürger als ununterschiedene Einheit nach dem Prinzip der Wahlgleichheit angelegt ist.*».

¹³ Resolução de 30 de Março de 1962 da Assembleia Comum da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, com a adoção posterior de Parlamento Europeu no Ato Único Europeu com entrada em vigor em 1987.

¹⁴ A autora termina o primeiro capítulo do seu estudo com a seguinte reflexão, que aponta invariavelmente para a natureza federal do ordenamento jurídico da União Europeia: «*The underlying question is why do these similarities exist? Given that the EP was created by European governments, its members were initially (until 1979) appointed from amongst the ranks of the membership of the national parliaments and*

d) Constituição própria em ambos os níveis

Para além das constituições dos Estados-membros, a cujas tradições constitucionais a União se vincula nos termos do artigo 6.º, n.º 3, do TUE, a União possui nos Tratados a sua própria constituição. Como indicou o TJUE no Parecer 1/91 (TJUE, Proc. n.º 1/91, 1991, cons. 21) «*o Tratado CEE, embora concluído sob a forma de acordo internacional, nem por isso deixa de constituir a carta constitucional de uma comunidade de direito*». Esta determinação jurisdicional do carácter constitucional da construção europeia seguiu, conforme explica CLOSA (2005: 420) o «*judicial empowerment*» norte-americano, isto é, retirou dos tratados determinados princípios constitucionais, que não foram expressamente discutidos nas conferências intergovernamentais, nem foram uma preocupação dos governos dos Estados-membros. Esta ideia contrasta com a experiência da *Conferência Intergovernamental sobre o futuro da Europa* de 2003 onde o diálogo se focou, em primeiro lugar, no carácter democrático das políticas constitucionais da União, de igual modo presente na *Convenção sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, assim como na criação de procedimentos decisórios cuja finalidade seria ultrapassar os impasses deliberativos no Conselho. Em conclusão, «*[a]t the very least, the Convention embedded negotiations into a broader (although imperfect) debating context. Even though outcomes are still strategically determined, the constitutional process has reinforced deliberation on constitutional values and principles*» (CLOSA, 2005: 420).

Esta ideologia democrática e representativa sobre os princípios constitucionais da União transitou para o Tratado de Lisboa, sem prejuízo da rejeição do projeto de tratado constitucional, «*the TEU(L)'s first Titles bundle most – if not all – of the Union's constitutive provisions. They detail values and objectives (Title I), democratic principles and institutions (Titles II and III), enhanced co-operation and Europe's global role (Titles IV and V) as well as amendment and secession (Title VI)...*» (REH, 2009: 634). De igual forma, veja-se que para parte da doutrina o valor normativo constitucional da ordem jurídica da União em muito ultrapassa a existência dos princípios supra expostos, porquanto, como escreve CLAES (2007:

continue to be groomed within, and most familiar with, the parliamentary and party frameworks of the member states, why has the EP been granted direct legislative powers far beyond those exercised by most of the national parliaments? Why has it developed a strong and permanent committee system? And why, in a larger environment of ideologically driven politics and clear dividing lines between Government and opposition, do the major party groups of the left and right join together 60%-70% of the time to create and support compromise legislative proposals? At least some of the answers may be found in the general political environment of mutual mistrust and common need that led to the creation of the federalist superstructure of the EU as a whole» (KREPPPEL: 2006: 250).

6) «[t]he European Constitution is made up of arrangements, rules and principles at the European level, completed with national arrangements, rules and values (...). Traces of it can be found in European constitutional principles and provisions in the Treaty, as well as in the case law of the Court of Justice, and in the more recent constitutional practice.». Esta determinação difusa de normas de valor constitucional aponta no sentido da existência de uma Constituição material, composta por princípios «*both unwritten and written (...) sometimes codified in the EU Treaties, sometimes in the national constitutions (...) or in the case law of the ECJ...*» (MARTINICO, 2013: 9), indicando que o relacionamento constitucional entre a Constituição da União e os textos fundamentais dos Estados-membros será um de *pluralismo constitucional*.

A explicação mais coesa em defesa desta ideia poderá ser a avançada por M. POIARES MADURO (2012: 68), procurando enquadrar pluralismo constitucional como uma teoria constitucional na União. Este autor apresenta, para o efeito, três justificações do pluralismo constitucional: (i) empírica; (ii) normativa; (iii) normativa densa. A primeira justificação, de natureza empírica, prende-se com a compreensão de supremacia normativa arrogada por cada ordenamento jurídico num contexto de constante expansão de regras e de jurisdições, levando a um «*context for potential constitutional conflicts that are not hierarchiacally regulated.*» (MADURO, 2012: 68)¹⁵; A segunda justificação, de ordem normativa, constrói-se sobre a justificação de origem empírica, porquanto a legitimidade normativa de cada ordenamento assume igual valor – a legitimidade da ordem constitucional europeia é de igual valor às ordens constitucionais dos Estados-membros. Assim, o problema passa a ser um de natureza limitativa, isto é, «*with respect to national constitutionalism*», ou seja, a legitimidade constitucional europeia encontra os seus limites nas constituições nacionais (MADURO, 2012: 77-79)¹⁶; já a terceira justificação prende-se com a representação da construção constitucional contextualizada no momento atual de crescente pluralismo.

A construção constitucional não é vista como uma solução dos problemas trazidos pelo pluralismo, visando limitar a nível do valor normativo, como explicámos, a ordem constitucional europeia face às ordens constitucionais nacionais, mas sim projetar que o

¹⁵ «*If I had to summarize the core empirical claim of constitutional pluralism, it would be the following: constitutional pluralism is what best describes the current legal reality of competing constitutional claims of final authority among different legal orders (...) and the judicial attempts of accommodating them*» (MADURO, 2012: 69).

¹⁶ «*This does not imply that its constitutionalism is the same as that of the States or even has the same comprehensive to have, in certain respects, a constitutional added value with respect to State constitutionalism that may be opposed to it*» (MADURO, 2012: 79).

pluralismo é a solução para a complexa densificação trazida pelo relacionamento multinível entre ordens constitucionais. A conceptualização do constitucionalismo, na justificação normativa densa, não procura limitar o pluralismo, pelo contrário, integra-o como um elemento inerente da sua própria construção. Conforme explica MADURO (2021: 82) «*constitutionalism aims to simultaneously guarantee and regulate such pluralism: a pluralism of interests, ideas and visions of the common good that is reflected in the paradoxes of constitutionalism and the balance between democratic deliberation and constitutional rights that its modern liberal form embraced*».

Independentemente da natureza do relacionamento entre as ordens constitucionais dos Estados-membros e a da União Europeia, a existência de constituições próprias em ambos os níveis potencia a densificação normativa a nível da criação jurídica no ordenamento jurídico da União, levando a um aprofundamento no diálogo multinível

e) Dupla cidadania política

Tal como os Estados federais, também a UE apresenta dois níveis de cidadania política: a cidadania dos territórios federados e a cidadania federal, cada uma delas compreendendo um conjunto de direitos de participação política. Como cidadãos dos respetivos Estados-membros, participam no poder político a nível nacional, designadamente elegendo os parlamentos nacionais; como cidadãos da União, participam no poder político supranacional, nomeadamente elegendo o Parlamento Europeu.

A noção de cidadania da União foi instituída pelo Tratado de Maastricht e reforçada pelo Tratado de Lisboa (TFUE, arts. 20-25.º).

f) Participação das unidades federadas no poder político da federação

Embora se discuta a evolução histórica da participação dos Estados-membros no seio da União e os contornos desta participação, nomeadamente na redução do supranacionalismo em face de uma maior dependência de critérios intergovernamentais em instituições como o Conselho, facto assente é que aquele dá larga margem de participação dos Estados-membros no poder político da União.

Em primeiro lugar encontramos o Conselho, uma instituição com poderes legislativos e orçamentais em conjunto com o Parlamento Europeu, inserindo-se como *câmara alta* na dinâmica legislativa bicameral, cujo procedimento se encontra no artigo 294.º TFUE. O Conselho compõe-se por «*um representante de cada Estado-Membro ao*

nível ministerial, com poderes para vincular o Governo do respetivo Estado-Membro e exercer o direito de voto.». A regra geral de votação no Conselho prevista no artigo 16.º, n.º 3 TUE, isto é, a maioria qualificada, ganha força através de três modalidades específicas contidas no artigo 238.º, n.ºs 2 e 3, do TFUE, que não obstante as várias diferenças a nível das várias condicionantes (a inexistência de proposta da Comissão ou do Alto Representante da União ou facto de que nem sempre todos os membros do Conselho participam na votação, os quais podem coexistir ou surgir separadamente), obriga à existência de determinada percentagem de Estados-membros votantes para assegurar com sucesso que uma deliberação seja aprovada¹⁷.

Já o Conselho Europeu assume contornos de diferente natureza, sendo composto pelos chefes de Estado ou chefes de Governo dos Estados-membros, conforme os casos, ou seja pelos líderes políticos nacionais, de acordo com a sua ordem constitucional interna. . Aliás, a sua razão de existir encontra-se única e exclusivamente na prática dos Estados-membros, pois o Conselho Europeu encontra a sua origem nas cimeiras e congressos intergovernamentais realizados pelos líderes dos Estados-membros anteriores à sua consagração nos Tratados, substituindo-os e sendo alvo de institucionalização com o Tratado de Lisboa. (TIZZANO, CRUZ VILAÇA & GORJÃO-HENRIQUES, 2003: XX). O objetivo do Conselho Europeu, talvez devido à sua natureza intergovernamental, é determinar quais as prioridades políticas da União. De igual modo, a natureza intergovernamental do Conselho Europeu encontra-se afirmada pela exigência da votação por consenso, nos termos do artigo 15.º, n.º 4, TUE.

Outro tipo de intervenção dos Estados-membros na vida da União poderá ser ainda encontrado, agora no seio da chamada *comitologia*; o artigo 291.º, n.º 3, do TFUE, prevê a criação de legislação visando «*definir previamente as regras e princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo que os Estados-membros*» virão a exercer sobre o exercício das competências de execução pela Comissão. Com efeito, o artigo 5.º do Regulamento 182/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 2011 submete a adoção dos atos de execução da Comissão ao parecer dos representantes dos Estados-membros em tais comités.

Não será também de desconsiderar a participação dos parlamentos nacionais a nível da avaliação da execução das políticas da União relativamente ao espaço de liberdade,

¹⁷ Embora também seja possível ao Conselho deliberar por maioria simples nos termos do art.º 238.º n.º 1 ou por unanimidade, caso em que as abstenções não prejudicam a adoção válida de deliberações nos termos do artigo 238.º n.º 4.

segurança e justiça, nos termos do artigo 12.º al. c) do TUE. Já a título do controlo exercido pelos parlamentos nacionais, estes são informados pelas instituições da União relativamente aos projetos de atos legislativos, exercendo uma função de garante do respeito pelo princípio da subsidiariedade nos termos das alíneas a) e b) do mesmo artigo e do Protocolo anexo aos Tratados sobre essa matéria

g) Aplicação direta e preeminente do direito federal nas unidades federada

Tomando em consideração as devidas ressalvas, facto assente é que uma larga parte do corpo jurídico comunitário possui aplicabilidade direta no ordenamento jurídico dos Estados-membros, criando direitos e obrigações para os sujeitos jurídicos nacionais, sem de intervenção de lei nacional, sendo-lhe assegurada a devida preeminência (resultante do princípio do primado). A aplicabilidade direta consiste na aplicação imediata de uma determinada norma ou ato no ordenamento jurídico dos Estados-membros, assim que aquela(e/s) entrem em vigor (QUADROS, 2018: 541). Ocupar-nos-emos do efeito direto dos Tratados e do chamado “direito derivado” (regulamentos, diretivas, etc.) em sede de análise própria *infra*¹⁸, um fenómeno com efeitos particularmente semelhantes, embora seja diferenciado por parte da doutrina¹⁹.

A aplicabilidade direta surge no artigo 288.º TFUE relativamente à caracterização dos Regulamentos como «*diretamente aplicável em todos os Estados-membros*». Da

¹⁸ Vide Cap. 2.1.

¹⁹ Com efeito, é maioritária a corrente doutrinária que separa os conceitos de *aplicabilidade direta* como conceito técnico inerente aos Regulamentos e Decisões, e *efeito direto* como firmado no acórdão em *Van Gend & Loos* – aplicável às disposições dos Tratados, Diretivas, mas também Regulamentos. D’Oliveira MARTINS (2018: 213) refere-se às diferenças como «*terminológicas*», como se deslocando o problema de um de diferenciação para um meramente relacionado com a terminologia aplicável a cada modalidade. Concordamos com esta posição, pois claramente que aqui se levanta um problema de distinção dos termos jurídicos. Isto é, não recusamos a indicação da *aplicabilidade direta* quando se fala dos Regulamentos e das Decisões, mas compreendemos que, a fazer-se uma distinção, o *efeito direto* será a modalidade invocativa, perante os tribunais, de normas que são diretamente aplicáveis. Aliás, por *effet direct* ou em inglês *direct effect* somos remetidos, em português, para o termo que entre nós, se encontra no domínio do Direito Constitucional, nomeadamente, da aplicabilidade direta das disposições relativas aos Direitos, Liberdades e Garantias fundamentais. Aliás, se assim não o fosse, a jurisprudência do Tribunal de Justiça faria essa distinção, e não a faz. Desta forma, quando falamos no âmbito do contencioso, não se laboraria em erro ao mencionar *aplicabilidade direta*. Existem atos que gozam de *aplicabilidade direta*, isto é, não carecem de intervenção legislativa, que produzem *efeito direto* nos ordenamentos jurídicos dos Estados, passíveis de serem invocados em juízo, e os atos que não o são – tal não coloca em causa a sua *imediatez* de aplicação. Alguns autores, como MACHADO (2011:180-181) não se preocupam sequer com a distinção, indicado, por exemplo, que «*a doutrina do efeito directo, desenvolvida pela jurisprudência comunitária, apesar de surgir geralmente associada aos regulamentos comunitários, como veremos, tem visto o seu alcance alargado a outras fontes de direito comunitário, com os tratados instituidores, as directivas, as decisões e os acordos internacionais*». Para mais sobre a posição contrária, que pugna por uma distinção forte – não exclusiva da doutrina portuguesa, Vide J.A. WINTER (1972: 425-438) e F. QUADROS (2013: 423-426).

passagem anterior retira-se a ideia de que não é necessário qualquer tipo de ato posterior de implementação estadual, mas que do mesmo modo, os Estados-membros não podem imiscuir-se na força jurídica dos Regulamentos, «*dado que [a aplicabilidade direta] é um atributo conferido ao ato pelo Direito da União e não representa uma concessão do direito interno*» (QUADROS, 2018: 541). Assim, a aplicabilidade direta do direito da União afeta não apenas os Estados-membros, mas também os seus cidadãos, conforme explica CIONGARU (2010: 182-183), pois implica que a legislação criadora de direitos e obrigações fundamenta não apenas o estabelecimento de relações jurídicas entre os particulares e os seus Estados-membros, mas também de relações jurídicas entre particulares, conforme os objetos da legislação da União.

Seguidamente, a aplicação (direta) do direito da União faz-se de forma preeminente perante as normas nacionais, isto é, em respeito do princípio do primado do direito da União Europeia, consagrado no acórdão *Costa v ENEL* (TJUE, Proc. 6/64, 1964), do qual nos ocuparemos em maior detalhe *infra*. Assim, em caso de conflito normativo entre o direito da União e o direito nacional, é assegurada a prevalência daquele – um elemento amplamente encontrado nas ordens jurídicas federais (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). Resta indicar, em razão do exposto, que os Estados-membros não se podem apoiar na desconformidade normativa interna, quer seja de valor ordinário ou constitucional, para se eximirem ao cumprimento das obrigações que lhes incumbe, quer pelos Tratados, quer pelos atos das instituições (MOREIRA, 2014: 32).

h) Vinculação das unidades federadas à Constituição federal

A vinculação dos Estados-membros ao princípio da cooperação leal prevista no artigo 4.º, n.º 3, TUE, do qual decorre, como vimos, a obrigação de «*a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União*» e que compõe a fonte obrigacional, não apenas do texto constitucional, mas de todo o direito da União para aqueles, tem a sua origem no Tratado que estabelece a Comunidade Económica Europeia (em diante TCEE), com marcada influência do artigo 86.º do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (em diante TCECA). Porém, KLAMERT (2014: 10) aponta que, ao invés da lógica por detrás do artigo 86.º TCECA – uma variação do princípio da *pacta sunt servanda* –, o princípio da cooperação leal corresponde de uma forma mais aproximada ao princípio da lealdade federal (*Bundestreue*), um conceito encontrado na doutrina

constitucional alemã, possivelmente por influência da delegação alemã durante a negociação do Tratado de Roma.

Só esta conceptualização do princípio da cooperação leal consegue explicar o nível de abrangência do mesmo, pois este vincula todos os Estados-membros em todas as suas esferas de atuação, quer isto dizer, não apenas os poderes políticos, legislativos e executivos, como também o judicial. Este dever de lealdade *federal* vincula ainda a atuação dos Estados-membros dentro da sua própria esfera de competência, englobando até mesmo *in extremis*, matérias que se encontram fora dos Tratados (KLAMERT, 2014: 24).

i) Vinculação das unidades federadas ao direito federal infraconstitucional.

Conforme indicámos no ponto anterior, do princípio da cooperação leal decorre o dever para os Estados-membros de cumprir com as obrigações decorrentes dos atos das instituições, isto é, do direito derivado ou secundário criado com base nos Tratados. O cumprimento deste dever ganha forma através do disposto no artigo 291.º TFUE, ficando os Estados-membros obrigados a tomar «*todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos atos juridicamente vinculativos da União.*». A inexistente definição nos Tratados daquilo que se possa entender por *todas as medidas de direito interno*, relaciona-se com a ideia avançada por MAYER (2011: 98), perante a qual o cumprimento das obrigações faz-se de acordo com a interpretação nacional relativa à relação entre a sua ordem interna e o direito da União nos sistemas constitucionais nacionais. Uma ideia que se afasta a conceptualização de VON BOGDANDY (2010: 11), para quem não podem existir diferenças nacionais na relação entre as ordens nacionais e o direito da União, em razão dos princípios fundamentais partilhados por ambos os sistemas (liberdade, direitos humanos, democracia e estado de direito). No entanto, conforme avança KLAMERT (2014: 89) na sua visão funcionalista: «*Article 288 TFEU prescribes that a directive ‘shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods’ (...)*». As diretivas parecem ser o melhor exemplo disto: a liberdade no cumprimento das obrigações impostas permite conferir aos Estados-membros uma margem de manobra maior ou menor nos meios e na forma a adotar, desde que o objetivo prescrito pela mesma seja atingido; isto não decorre da existência de visões díspares entre o relacionamento multinível Estados-membros/União – pois ambos os sistemas respeitam os mesmos princípios fundamentais –, mas do reconhecimento de especificidades nacionais que influenciam o ato de criação normativa.

Conforme já indicámos *supra*, a aplicação prevalente do direito da União Europeia nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros implica um grau de vigência daquele relativamente ao qual estes não se podem opor. O *princípio do primado* opera para qualquer norma de direito da União Europeia, pelo que estão também incluídas as normas infraconstitucionais (fora dos Tratados) desde que revestidas de poder vinculativo.

j) Controlo federal da validade das leis das unidades federadas

Ao invés daquilo que poderá ser encontrado nos ordenamentos jurídicos federais²⁰, não existe qualquer possibilidade de controlo da validade das leis dos Estados-membros no seio da União Europeia. Com efeito, os Tratados não consagram qualquer competência do TJUE para aferir da validade das leis nacionais, apenas da validade do direito da União nos termos do recurso de anulação previsto no artigo 263.º TFUE, ou então nos termos do reenvio prejudicial em vista à obtenção de uma decisão relativa à «*validade (...) dos atos das Instituições, órgãos e organismos da União*» nos termos da alínea b) do art.º 267.º TFUE, pelo que a competência do TJUE neste âmbito apenas se limita ao campo do direito derivado da União²¹.

Todavia, nas ações de incumprimento (258.º e 259.º TFUE), o TJUE pode obviamente conhecer da incompatibilidade de qualquer norma de direito interno com o direito da União, como fundamento do incumprimento nacional, podendo daí resultar uma obrigação de revogação de tal norma²².

²⁰ Vide Cap. 3. Conforme indicam CLAES e VISSER (2012: 96), os tribunais constitucionais federais possuem a competência para controlar a validade dos vários atos a ambos os níveis – federal e estadual –, nos quais se incluem atos de natureza legislativa, «*[t]hese judgements annulling a (legislative) act for infringing the division of competences are recognised as binding on all authorities, at both the central and at the level of the federated entities.*».

²¹ «*By contrast the Court cannot judicially review acts of the Member States. And this prohibition includes unilateral national acts, as well as international agreements of the Member States. The European Treaties thus cannot – despite their being the Foundation of European law – be reviewed by the Court. For as collective acts of the Member States, they cannot be attributed to the Union institutions, and as such are beyond the review powers of the European Court*» (SCHÜTZE, 2012: 263); «*Perhaps more importantly for the purposes of this contribution, the CJEU lacks the power to annul national laws. All it can do either in the context of infringement proceedings initiated by the Commission, or in its reply to a national court by means of a preliminary ruling – is to declare that a Member State has violated its European obligations. It is for the State to draw the necessary legislative consequences.*» (CLAES & VISSER, 2012: 102). «*Contrairement à une jurisprudence fédérale «classique», la Cour de justice ne possède pas le pouvoir d'annuler ou d'écarter directement une réglementation étatique contraire au droit.*».

²² Vide *French Merchant Seamen* (TJUE, Proc. 167/73, 1974).

k) Controlo infrafederal das leis das unidades federadas

Diferente é o caso do controlo exercido por parte dos tribunais dos Estados-membros, no que concerne à conformidade do direito interno perante o direito da União Europeia, o qual resulta da natureza das jurisdições nacionais quando inseridas na estrutura judicial da União. Neste sentido, todo e qualquer tribunal nacional deverá ser corretamente entendido como um tribunal ordinário europeu, em razão do dever de assegurar a correta interpretação e aplicação do direito da União (TEMPLE LANG, 1997: 3)²³.

Este dever encontra-se englobado no que é hoje conhecido como o “*mandato*” dos tribunais nacionais, o qual não encontra assento normativo específico no texto dos Tratados²⁴, mas na jurisprudência do TJUE – «[s]tarting from the doctrines of direct effect and supremacy, but gradually evolving beyond them on the basis of the principle of community loyalty (...) and by virtue of the principles of *effet utile* and effectiveness of Community law and the principle of effective judicial protection the Court has refined the Community mandate for the national courts» (CLAES: 2006: 59).

Como veremos *infra*, tal mandato judicial, ao determinar a observância do primado e o efeito direto, em razão não só do princípio da cooperação leal, mas também da necessidade de assegurar a efetividade do direito da União perante a tutela judicial, leva a que qualquer norma interna aplicável em situação de desconformidade com o direito da União possa e deva ser afastada pelo órgão jurisdicional nacional. Esta capacidade do juiz nacional “*europeu*” perante o caso concreto, autonomiza-o, em boa parte, da sua estrutura jurisdicional nacional, pois a *fonte* dos seus *poderes adjudicatórios europeus* decorre do direito da União.

l) Sanções de natureza federal pelo incumprimento das obrigações federais pelas unidades federadas

O sistema jurídico da União Europeia prevê um conjunto de sanções de natureza federal em razão do incumprimento das obrigações previstas quer nos Tratados quer nos atos

²³ «*In fact (...) national courts probably interpret and apply Community Law more often than the two Community courts do*» (TEMPLE LANG, 1997:3). É interessante a expressão utilizada por CLAES (2006: 59) apelidando os tribunais nacionais de «*tribunais comunitários de primeira linha*» quando se trate de ações que envolvam particulares, pois existe uma vontade por parte do TJUE de afastar os litígios privados das instâncias centrais, mantendo-os no seu «*fórum natural*».

²⁴ Não obstante as disposições existentes que consagram a participação dos tribunais nacionais no controlo da correta aplicação do direito da União. *Vide*, para além do art.º 267.º TFUE relativo ao reenvio prejudicial, ainda os artigos 101.º, n.º 2, 105.º, n.º 2, 288.º do TFUE, assim como o art.º 4.º, n.º 3, do TUE.

institucionais vinculativos para os Estados-membros²⁵. Em primeiro lugar, encontramos o mecanismo clássico de controlo previsto no artigo 258.º TFUE²⁶ – a ação por incumprimento –, em razão do não cumprimento por parte dos Estados-membros relativo «às obrigações que lhe[s] incumbe[m] por força dos Tratados», procedimento proposto pela Comissão e que no limite poderá levar a uma condenação pelo TJUE nos termos do segundo paragrafo *in fine* do n.º 2 ou segundo paragrafo do n.º 3 do artigo 260.º TFUE²⁷.

Consideração à parte merecem as obrigações dos Estados-membros decorrentes da política externa e de segurança comum da União, nos termos dos artigos 28.º e 299.º TUE. Conforme comenta RAMOPOULOS (2019:263), as decisões nos termos do artigo 29.º TUE são atos jurídicos vinculativos, não obstante não possuírem carácter legislativo, pois tal solução encontra-se afastada nos termos do artigo 31.º TUE. Além dos limites impostos pela Política Externa e de Segurança Comum (em diante PESC), estas decisões encontram-se enquadradas pelos princípios da atribuição e da não ingerência, previstos nos artigos 5.º n.º 2 e 40.º TUE. Ainda assim, RAMOPOULOS (2019: 237) indica que o Conselho conseguiu adotar uma interpretação ampla da disposição, encontrando acolhimento na jurisprudência do TPInst²⁸. Relativamente à posição dos Estados-membros perante estas decisões, estes ficam obrigados a adequar a conformidade das suas políticas perante a posição da União nos termos do artigo 31.º n.º 1 do TUE – «[n]um espírito de solidariedade mútua, esse Estado-Membro deve abster-se de qualquer atuação suscetível de colidir com a ação da União baseada na referida decisão ou de a dificultar; os demais Estados-Membros respeitarão a posição daquele».

²⁵ Não iremos abordar o mecanismo da responsabilidade extracontratual dos Estados-membros nestas observações breves, por uma variada ordem de razões: em primeiro lugar, a responsabilidade dos Estados-membros, conforme afirmada pelo TJUE, não se configura como um mecanismo sancionatório da atuação daqueles, mas uma solução ressarcitiva de um dano causado na esfera jurídica dos particulares em razão da atuação estadual; em segundo lugar, a responsabilidade dos Estados-membros deriva da responsabilidade extracontratual própria da União, pelo que se desta não resulta qualquer carácter sancionatório, logicamente não se poderá retirar qualquer sanção da responsabilização dos Estados-membros; finalmente, é a atuação ilícita dos Estados-membros que fundamenta, a par do nexos causal e da existência efetiva de um dano, a obrigação de indemnizar, ilicitude essa que servirá de fundamento para que a Comissão acione o mecanismo de incumprimento previsto no artigo 258.º e seguintes, esse sim, de carácter sancionatório.

²⁶ Vide Cap. 2.6.

²⁷ Vide Cap. 2.6.4.

²⁸ Vide, para mais sobre a posição do Tribunal Geral, o acórdão *Ezz* (TG, Proc. T-256/11, 2014, cons. 41 e 42).

1.3. As atribuições da UE

A União Europeia possui um conjunto de atribuições (“competências”, na terminologia dos Tratados) próprias e partilhadas, previstas no texto dos Tratados nos artigos 4.º e 5.º TUE e 2.º a 4.º TFUE, com o propósito de assegurar os seus objetivos previstos no artigo 3.º TUE.

Torna-se claro que a atuação da UE na prossecução dos seus objetivos encontra-se em primeiro lugar limitada às competências que lhe são atribuídas nos Tratados, para além de estarem também sujeitas ao respeito pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nos termos do artigo 5.º TUE. Esta previsão da limitação inerente às competências atribuídas à União em razão do “princípio da atribuição”, assim como dos princípios limitadores da atuação da mesma na prossecução dos seus objetivos – a subsidiariedade e proporcionalidade – toma um valor fundamental no funcionamento institucional, conforme explicam LENAERTS & VAN NUFFEL (2009: 86), «[t]hese fundamentals regarding the division of powers between the Community and the Member States are confirmed in the EU Constitution as fundamental principles applicable to the entire field of action of the Union». Fora das competências atribuídas à União nos Tratados – quer explicitamente, quer implicitamente²⁹ (QUADROS, 2019: 35) –, todas as demais pertencem ao Estados-membros; nos termos do n.º 2 do artigo 5.º TUE, «[a]s competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros»³⁰. No

²⁹ A questão dos poderes implícitos no que toca à integração de lacunas nas competências de atuação da União posiciona-se como um verdadeiro campo *sine fine* dentro da questão das fontes, avançamos, porém, com a definição apresentada por DUARTE (1997: 55) «competências que, não estando enunciadas de forma directa na norma enunciativa da competência são inerentes ou necessárias à realização eficaz dos fins da entidade jurídica ou das respectivas competências expressas.». Tenha-se em conta que a última revisão fruto do Tratado de Lisboa «ao inferir de modo directo sobre a definição das atribuições da União, em si e relativamente aos Estados membros», acabou por consagrar esta teoria através do disposto no artigo 3.º n.º 2 TFUE, isto é, um princípio de paralelismo porquanto «a competência interna da União implica a sua competência externa se for necessária para a realização de um dos objetivos da União» (GORJÃO-HENRIQUES, 2019:277). Esta consagração resultou de um acolhimento em sede de revisão dos Tratados, da jurisprudência do TJUE, da qual se destaca o acórdão *AETR*, aquando da celebração pela *Comunidade* do acordo europeu relativo ao trabalho das tripulações de veículos que efetuam transportes internacionais rodoviários (*AETR*), «Embora os artigos 74.º e 75.º não prevejam explicitamente a competência da Comunidade para a conclusão de acordos internacionais, a entrada em vigor, em 25 de Março de 1969, do Regulamento n.º 543/69 do Conselho relativo à harmonização de determinadas disposições em matéria social no domínio dos transportes rodoviários (...) teve, contudo, como efeito necessário atribuir à Comunidade competência para concluir com Estados terceiros todos os acordos que se refiram à matéria disciplinada pelo mesmo regulamento (...) [a] repartição de competências entre as instituições comunitárias para negociar e aplicar o *AETR* deve ser determinada tendo em conta quer as disposições relativas à política comum dos transportes quer as que regem a conclusão de acordos pela Comunidade.» (TJUE, Proc. 22/70, 1971, cons. 28 e 73).

³⁰ Esta é a definição avançada pelo TUE relativamente ao princípio da atribuição. O respeito por este princípio deve ser assegurado quer na ação interna, quer externa da União (TJUE, Op. 2/94, 1996, cons. 24).

entanto, é possível encontrarem-se situações em que para a prática de determinados atos pelas instituições da União, *v.g. atos de implementação*, a sua base jurídica se encontra num *anterior* ato da União. Se assim for, a instituição, órgão ou organismo da União não poderá agir a não ser que expressamente previsto por esse ato *anterior*, o qual deverá estar conforme as competências atribuídas nos Tratados e que especifique nomeadamente quais os meios através dos quais a competência será exercida (LENAERTS & VAN NUFFEL, 2009: 87).

O princípio da atribuição de competências pode ser definido como sendo um princípio típico do *federalismo por agregação*. BILANCIA (2012: 40) indica que um exemplo emblemático deste tipo de federalismo é a Convenção de Filadélfia de 1787, que criou os Estados Unidos da América e aprovou a Constituição federal, na qual os Estados fundadores estabeleceram uma federação através da atribuição de um conjunto de poderes legislativos ao Congresso federal.³¹ No caso da União Europeia, a atribuição dos poderes próprios à União é feita de uma forma suficientemente precisa nos artigos 3º a 6º do TFUE. A lógica por detrás desta conceptualização específica do princípio da atribuição poderá fundamentar-se em razões puramente democráticas, pois foi naquela medida que os Tratados foram ratificados pelos Estados-membros, em representação das respetivas populações nacionais (DUBOUT, 2021: 117). No entanto, conforme se retira da ideia de PESCATORE (2005: 41) o princípio da atribuição deverá ser entendido como um princípio dinâmico, evitando-se conceber o mesmo uma maneira rígida *«mais dans une perspective dynamique d'idée d'œuvre commune»*.

É face a esta ideia que as palavras contidas na tese de MARTI (2011: 519-520) ecoam a crescente preocupação dos Estados-membros no percurso até ao Tratado de Lisboa – *«[I]es modifications apportées par le traité de Lisbonne, si elles ne remettent pas fondamentalement en cause les modalités de répartition et d'exercice des compétences, témoignent d'une inquiétude latente des Etats concernant la sphère des compétences de l'Union.»* – o que justificara a inserção do inciso *in fine* do n.º 2 do artigo 2.º TFUE, *«[I]nsertion de cette disposition, bien qu'elle ne modifie en rien l'état du droit, témoigne de l'inquiétude des Etats face à l'accroissement, souvent perçu comme inexorable, des compétences de l'Union.»*³².

³¹ Ainda em BILANCIA (2012:40), encontra-se a ideia de que a característica principal que permite a identificação de um sistema federal é a existência de um princípio de repartição de competências entre os Estados e a Federação, assim como a impossibilidade de alterar esta mesma repartição de competências salvo por uma revisão constitucional.

³² Estas preocupações estiveram na origem da Declaração n.º 23 sobre o futuro da União anexa ao Tratado de Nice (JO C80/85) e a Declaração de Laeken do Conselho Europeu de 14 e 15 de dezembro de 2001.

A dinâmica contida nos dois últimos parágrafos contribuiu, sem qualquer dúvida, para o presente cenário de repartição de competências na União. Se por um lado os Tratados possuem uma lista relativa à divisão material de competências da União, por outro a definição das mesmas revela um exercício de interpretação complexo, pois para tal será necessário encontrar um equilíbrio entre os interesses da União e dos Estados-membros, considerando a impossibilidade de se definir exaustivamente um quadro de competências, dada a natureza dinâmica do processo de integração europeu³³ – «*after all, every system of competences presupposes a certain flexibility when it comes to implementation and, above all, juridical interpretation.*» (BILANCIA, 2012: 46).

Esta natureza dinâmica encontra uma medida de equilíbrio através da aplicação dos princípios limitadores do exercício das competências atribuídas à União. É o caso do *princípio da subsidiariedade* previsto no artigo 5.º, n.º 3, TUE³⁴. De acordo com este princípio, no âmbito de competências partilhadas da União, a União apenas poderá atuar se os objetivos da ação proposta não conseguirem ser atingidos *adequadamente* através da atuação dos Estados-membros, ou se o seu cumprimento for assegurado de um modo mais eficaz pela atuação da União. A preocupação com o exercício da subsidiariedade, conforme acabamos de apontar, centra-se numa questão de equilíbrio de interesses vertidos na ponderação da atuação da União face a uma possível atuação dos Estados-membros – «*[s]ubsidiarity is meant to realize the principle of closeness to the citizen and has been meant to serve as a shield against centralization and a loss of national sovereignty.*» (KLAMERT, 2019: 70)³⁵.

³³ Em sentido contrário, a proposta de recriação da ordem constitucional europeia (em termos simplificados) de DOUGLAS-SCOTT (2002: 538) pauta-se pela necessidade da «*coherent determination of the division of competence between the EU and its member states*», mediante a determinação clara daquilo que são as competências exclusivas da União, não obstante a possibilidade de existência de competências concorrentes ou partilhadas entre esta e os Estados-membros, o que aliás, existe em vários estados federais.

³⁴ Veja-se a magnífica definição apresentada por D'Oliveira MARTINS (2003: 35): «*[a] subsidiariedade, sem pôr em causa as necessidades de cooperação e coordenação das várias instâncias internacionais e internas e tentando não bulir com repartições tradicionais ou clássicas de competências (...) introduz um elemento de racionalidade e permite que os poderes sejam exercidos pela entidade mais apta a fazê-lo. (...) Impõe-se então admitir a hipótese de que as várias entidades, – de nível supra-estadual, estadual ou infra-estadual – disponham de atribuições comuns, as quais serão prosseguidas por aquela que estiver em melhores condições de o fazer, falando-se em competências partilhadas pelas várias entidades para o exercício de atribuições gerais.*»

³⁵ Em boa verdade, explicam LENAERTS & VAN NUFFEL (2009: 102-103), a subsidiariedade já permeava os Tratados antes da sua inclusão com Maastricht, mesmo antes, aliás, da sua inclusão na política do ambiente em sede do Ato Único Europeu, vejam-se os casos da específica atribuição de competências às *Comunidades* – uma política comercial, a abolição de obstáculos à liberdade de circulação, a política agrícola comum, a política dos transportes –, e os casos em que os Estados-membros retiveram parte das competências – a implementação da legislação europeia a nível nacional, a necessidade de atos de transposição para assegurar a vigência de determinado tipo de legislação europeia, assim como a correspondente aplicação do direito da União por parte dos tribunais nacionais.

Esta preocupação sobre o equilíbrio de interesses traduz-se então num princípio de natureza política, o qual permite, como indicamos no quadro comparativo do ponto anterior, incluir os parlamentos nacionais, os quais embora não se encontrem a exercer uma função legislativa, são considerados como um importante elemento controlador, nos termos do artigo 12.º, al. b), TUE e do artigo 4.º do Protocolo n.º 2, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, assegurando o respeito pela posição dos Estados-membros relativamente às competências partilhadas³⁶.

Da leitura do princípio da subsidiariedade no artigo 5.º n.º 3 TUE retiram-se duas exigências que devem estar cumpridas, ou então critérios que devem estar verificados para que a União possa atuar no campo das suas competências partilhadas³⁷: (i) a determinação de que os objetivos da ação não possam ser atingidos satisfatoriamente pelos Estados-membros, a isto se apelida o critério da necessidade ou negativo; (ii) a conclusão de que a atuação terá que ser assegurada pela União, o que se apelida de critério positivo ou da mais-valia (KLAMERT, 2019: 71)³⁸.

Conforme explica QUADROS (1995: 19-20), a subsidiariedade é o «*instrumento*» que reúne as condições para «*compatibilizar o respeito*» pelo «*pluralismo de interesses*», assim como «*a necessidade de uma ação harmónica e eficaz ao nível da comunidade federal e global*», algo que se verifica nos estados federais. Com efeito, a opinião de D'Oliveira MARTINS (2003: 84) relativamente à aplicação do princípio da subsidiariedade na Alemanha, é relevadora de uma passividade popular intrínseca na aceitação da vigência do princípio como verdadeiramente essencial daquele sistema federal: «*...a subsidiariedade é, para*

³⁶ É importante relevar que embora a União esteja obrigada a conhecer a posição dos parlamentos nacionais neste ponto, a mesma possui a capacidade de manter e prosseguir com os projetos legislativos que motivaram as observações daqueles. Do mesmo modo, nada obriga os Estados-membros a recorrerem ao TJUE em razão do controlo exercido pelos parlamentos nacionais, pelo que este controlo é frequentemente apelidado de *cartão amarelo* (PECH, 2008: 84).

³⁷ Naturalmente que aqui apenas nos podemos localizar no campo das competências partilhadas entre a União e os Estados-membros, cujos principais domínios estão enumerados no artigo 4.º, n.º 2, TFUE. O critério presente no número 1.º deste artigo indica que «[a] União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuem competência em domínios não contemplados nos artigos 3.º e 6.º». Da leitura desta norma retira-se que a previsão do n.º 2 não é exaustiva, pois podem existir competências partilhadas atribuídas pelos Tratados fora da presente enumeração, bastando, nos termos dos critérios do n.º 1 que as competências não sejam as previstas nos artigos 3.º e 6.º TFUE. A inclusão do art.º 6 nos critérios do n.º 1 levanta algumas questões, a contrário do artigo 3.º, pois resulta da sua conceção como competências de apoio, cuja enumeração é exaustiva, querendo dizer quem a União poderá atuar perante a concretização dos critérios impostos pelo princípio da subsidiariedade.

³⁸ FABRINI (2018: 227) estabelece uma comparação díspar da de KLAMERT, porquanto retira dos critérios previstos no artigo 5.º n.º 3 TUE duas dimensões: (i) a dimensão material, que prevê um teste de insuficiência nacional e um teste comparativo de eficiência supranacional e (ii) a dimensão procedimental, que surge do obrigatório procedimento de consulta, fundamentação, informação e publicação que deve ser seguido pelas instituições aquando da proposta e adoção de legislação a nível europeu.

muitos, uma referência implícita do sistema jurídico, dominando em particular as relações entre o Estado e os Länder, o federalismo, as relações entre o Estado e as comunas, entre as comunas e as pessoas, singulares ou coletivas. Mesmo não tendo sido enunciado na Constituição por se ter temido a sua conotação confessional, no direito alemão nota-se a sua preponderância na resolução de problemas de atribuição de competências».

Do exposto, terá que ficar assente que o princípio da subsidiariedade, como princípio nuclear da ordem jurídica da União, encontra-se no ponto de encontro do federalismo europeu e a divisão de competências prevista nos Tratados (FABRINNI, 2018: 221), como uma alternativa a uma forte divisão de competências, visando fundar o exercício das competências partilhadas numa unidade política dualista ou federal (BEAUD, 2007: 30). Esta ideia é traduzida perfeitamente pela contribuição de ESPOSITO & LEVRAT (2010:52), pois sempre que é exercida uma competência partilhada pela União, devem ser feitos todos os possíveis para que a modalidade de implementação no plano normativo assegure a participação das autoridades quer da União, quer dos Estados-membros. O resultado será o exercício das competências resultantes da soberania transferida pelos Estados-membros, de forma que não possam ser facilmente desassociados ou descortinados os elementos comunitários e nacionais. A subsidiariedade na União traduz-se assim, essencialmente, na ideia de BEAUD (1998: 112), da qual resulta que a questão da soberania nas federações terá que se manter num permanente estado de indefinição, sob pena de se perder o equilíbrio em que se fundamenta a unidade federal.

Em contrapartida, sempre que a União tenha exercido validamente competências partilhadas, estas deixam de estar à disposição dos Estados-Membros, tal como estatui o artigo 2.º, n.º 2, TFUE, salvo se a União revogar tais medidas. É o chamado *princípio da preempção*, que ainda constitui uma expressão do primado do direito da União, precludindo legislação nacional concorrente com a da União.

A definição das atribuições da União é relevante para a delimitação da sua esfera de ação, visto que a União não pode atuar à margem das suas atribuições (*ultra vires*). Se tal ocorrer, tais atos serão inválidos, cabendo ao TJUE, proceder a esse controlo nos termos abaixo analisados. Resta saber se tal ocorrência pode também ser verificada pelos tribunais constitucionais dos Estados-membros, como defendeu o TCF alemão nas suas decisões sobre o Tratado de Maastricht e o Tratado de Lisboa³⁹, com o argumento de que lhes cabe verificar

³⁹ Vide *Maastricht-Urteil* (BVerfGE, Proc. 2 BvR 2134/92 e BvR 2159/92, 1993) e *Lissabon-Urteil* (BVerfGE, Proc. 2 BvE 2/08, 2009).

se a União se mantém dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe confiaram. Abaixo voltaremos a este importante tema.

1.4. A UE como Estado de direito

A identificação da União como uma “*Comunidade*” de direito encontra a sua génese nas palavras do Tribunal de Justiça em *Os Verdes* (TJUE, Proc. 294/83, 1986, cons. 23) onde foi perentoriamente afirmado que «*a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito*», seguindo-se uma definição que aponta para a conformidade da atuação, não só normativa, mas também administrativa e judicial, dos Estados-membros e da própria União com a constituição “federal”, isto é, «*na medida em que nem os Estados-membros nem as suas instituições [da CEE] estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado*».

Passados cinco anos, o Tribunal de Justiça viria a elaborar o seu conceito de Estado de direito no *Parecer 1/91*, conforme já aludimos *supra* (TJUE: Proc. 1/91, 1991, cons. 21): «*o Tratado CEE, embora concluído sob a forma de acordo internacional, nem por isso deixa de constituir a carta constitucional de uma comunidade de direito*». Neste parecer, porém, o *großen Baumaister* da construção europeia vai mais longe, indicando que a constituição da União, isto é – os Tratados –, baseia(m)-se nas regras inerentes ao Estado de direito. A esta afirmação seguiu-se a transposição desse princípio para os próprios Tratados, através de várias referências nos trabalhos conducentes à assinatura do Tratado de Maastricht, nomeadamente no seu preâmbulo, o qual assegurava a reafirmação do compromisso dos Estados-membros com os princípios «*da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e liberdades fundamentais, e do Estado de direito*»⁴⁰. Os princípios indicados no parágrafo anterior foram posteriormente inseridos, como já tivemos a oportunidade de ver, no artigo 6.º n.º 1 TUE Amsterdão (Art.º 6 n.º 3 TUE Lisboa), cuja revisão não se limitou meramente à sua enunciação, prevendo ainda sanções em caso de «*uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro*» desses mesmos princípios no seu artigo 7.º⁴¹.

⁴⁰ Mas não só; vide também o objetivo da PESC no artigo 11.º TUE Maastricht relativo ao «*desenvolvimento e o reforço da democracia e do Estado de direito*», assim como o artigo 130.º U, n.º 2 TCE Maastricht, relativa à cooperação para o desenvolvimento, obrigando a que a mesma fomentasse a «*consolidação da democracia e do Estado de direito*».

⁴¹ Em contrapartida, foi também inserido o artigo 49.º TUE Amsterdão, mantendo-se largamente inalterado em Lisboa, o qual indicava a possibilidade de adesão dos Estados europeus que respeitassem aqueles princípios. Esta atividade de revisão dos Tratados foi intercedida por uma maior elaboração do princípio por

Como explica PECH (2010: 362), embora o princípio do Estado de direito seja uma ideia política partilhada pelos vários Estados-membros, foi o seu desenvolvimento progressivo como um princípio importante no seio dos sistemas constitucionais europeus que levou à sua consagração como «*one of the cardinal principles on which the Union is founded. Remarkably but perhaps unsurprisingly, the Union's understanding and judicial reliance on the rule of law (...) largely reflect national constitutional experiences*». Tal experiência explica, na opinião deste autor, a inclusão no artigo 2.º TUE com o Tratado de Lisboa do preceito, segundo o qual «[a] União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos das minorias. Estes valores são comuns aos Estados-membros...» –, o que aproxima (aliás, *identifica* mesmo) os valores presentes no texto dos Tratados com os de vários textos constitucionais nacionais⁴².

O texto dos Tratados traduz, na opinião de SMITH (2019: 563), uma visão do Estado de direito tripartida, isto é, uma noção flexível que engloba a limitação do poder público, a separação de poderes, o respeito pela independência dos tribunais, pelos direitos fundamentais e o sistema de governo democrático. Mas também é uma ferramenta de integração, assegurando a adesão aos vários instrumentos emanados pelo poder político da União, pois os mesmos fundamentam-se no conjunto de valores e princípios constitucionais dos Estados-membros. Finalmente, também é, ele próprio, um valor, pois remete para o argumento político-moral contido no Estado de direito, associando assim os vários instrumentos jurídicos aos valores liberais europeus, o que assegura uma identificação dos vários Estados-membros com os mesmos.

Assim, tendo em consideração as várias tradições constitucionais dos Estados-membros, os vários momentos em que os Tratados versam sobre o Estado de direito decorrem do facto de que os princípios fundamentais dos quais este é parte integrante traduzem a essência da União como entidade político-constitucional. Isto explica, por

parte do TJUE, embora apenas no campo da fiscalização da conformidade da atuação das instituições e organismos da União com os Tratados, *vide Weber* (TJUE, Proc. C-314/91, 1993, cons. 8) e *Banco Europeu de Investimento* (TJUE, Proc. C-15/00, 2003, cons. 75).

⁴² *Vide*, ainda sobre esta questão, o Parecer do Advogado-Geral Póiares MADURO em *Arcelor* (TJUE, Proc. C-127/07, 2008, cons. 16) relativamente ao texto do artigo 6.º n.º 1 TUE Nice, porquanto este «*exprime o respeito devido aos valores constitucionais nacionais. Indica também as medidas adequadas para evitar um verdadeiro conflito com estes, nomeadamente ancorando os fundamentos constitucionais da União nos princípios fundamentais comuns aos Estados-Membros. Com esta disposição é assegurado aos Estados-Membros que o direito da União não ameaçará os valores fundamentais das suas constituições*».

exemplo, a necessidade do respeito pelo Estado de direito por parte de qualquer Estado europeu que deseje aderir à União (PECH, 2010: 363).

O respeito pelo Estado de direito é também encontrado na União Europeia, de um ponto de vista mais vasto, em razão da CDFUE, a qual possui o mesmo valor jurídico que os Tratados. Embora limitada na sua aplicação à atuação das instituições da União, da qual teremos necessariamente que destacar o papel do TJUE na interpretação do direito da União, mas também pelos Estados-membros quando atuem ao abrigo do direito da União (CFDUE, art.º 51º, nº 1), a mesma consagra no seu preâmbulo «*os valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito*».

Um princípio que limita a atuação da União na execução das suas competências – este válido tanto para as atribuições partilhadas como para as atribuições exclusivas – é o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), previsto no n.º 4 do artigo 5.º TUE, estabelecendo que «*o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados*». Na opinião de BILANCIA (2012: 53-54), o princípio da proporcionalidade trabalha em par com o princípio da subsidiariedade, pois uma das funções essenciais deste é a proteção das competências dos Estados-membros, já naquele «*the Union must use legislative means which are adequate for and in proportion to the established objectives, so that the competences of the Member States are protected*», ou seja, também se coloca como um meio de proteção das competências dos Estados. Em respeito do princípio da proporcionalidade, as medidas a implementar devem cumprir três requisitos fundamentais *clássicos* das doutrinas constitucionais dos Estados-membros: a adequação (*Geeignetheit*) das medidas perante os objetivos visados; a necessidade (*Erforderlichkeit*) das medidas a adotar; e finalmente a proporcionalidade em sentido estrito ou *o caráter razoável* (*Angemessenheit*) das medidas a adotar com a clara proibição do excesso de atuação por parte da União (TRSTENJAK & BEYSEN, 2012: 269-270)⁴³.

⁴³ Para mais sobre o princípio da proporcionalidade na doutrina constitucional alemã *vide* SCHWARZE (1992). A definição do princípio na jurisprudência do TJUE acompanha, de um modo geral, este entendimento, porquanto «*[o] princípio da proporcionalidade é reconhecido por jurisprudência constante do Tribunal como fazendo parte dos princípios gerais do direito comunitário. Por força desse princípio, a legalidade da proibição de uma actividade económica está subordinada à condição de que as medidas de proibição sejam adequadas e necessárias à realização dos objectivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando existe uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objectivos pretendidos*» (TJUE, Proc. C-331/88, 1990, cons. 13). No entanto, conforme argumenta DOUGLAS-SCOTT (2002: 184), por um lado, nem sempre a interpretação do TJUE deste princípio obedeceu aos critérios *supra*; por outro, também a intensidade da leitura feita pelo Tribunal do princípio da proporcionalidade revela-se variável. Exemplo de tal interpretação é o processo da *Diretiva do Tempo de Trabalho* (TJUE, Proc. C-84/94,

Note-se ainda que, sempre que a ação da União possa restringir direitos fundamentais dos particulares, essas restrições têm de pautar-se também pelo princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 52º, nº 2, da CDFUE.

1.5. Fontes de direito da UE

1.5.1. Hierarquia das fontes

A matéria das fontes de direito da União Europeia é nuclear a qualquer análise que se debruce sobre o princípio do primado. O ordenamento jurídico da União possui um complexo sistema de fontes, tendo sido necessário o estabelecimento de uma hierarquia essencial a qualquer exercício de caracterização das mesmas, dado que se deve ter em consideração o seu valor normativo específico. A ideia de que nem todo o direito da União é igual deve estar permanentemente presente na mente do jurista europeu.

As fontes de direito da UE dividem-se em direito *originário* (ou *primário* na terminologia anglo-saxónica) e *derivado* (ou *secundário* naquela terminologia), quer também poderíamos designar como *direito constitucional* e *direito infraconstitucional*. O primeiro provém dos Tratados da União, ou seja, atos jurídico-internacionais de natureza fundacional, diga-se, *constitucional*, que estabelecem e alteram a União e as suas instituições, assim como definem as suas atribuições e regem o seu funcionamento. São assim diplomas essenciais à existência jurídica da União Europeia e às suas instituições, estabelecendo e limitando o poder *comunitário*, assim como a atuação dos Estados-membros no seu seio, mas prevendo também, ao bom modo das constituições, as garantias essenciais dos cidadãos (CDFUE).

Por sua vez, o direito derivado decorre da criação jurídica das instituições da União, nos termos definidos pelo direito originário. O direito derivado deverá ser então visto como direito ordinário da União, de valor naturalmente inferior aos vários diplomas essenciais que perfazem aquele. Dentro do direito derivado importa distinguir os acordos internacionais da

1996) onde o TJUE recusou a argumentação britânica no sentido de que a Diretiva 93/104 do Conselho violava o princípio da proporcionalidade pois as restrições impostas pela mesma não estariam de acordo como o critério de «*prescrições mínimas progressivamente aplicáveis*» ditadas pelo artigo 118.º A n.º 2 TCE Maastricht (Art.º 153.º n.º 2ª al. b) TFUE). A recusa do TJUE fundamentou-se no «*largo poder de apreciação [do Conselho] num domínio que, como no caso em apreço, implica, por parte do legislador, opções de política social e em relação ao qual é chamado a efectuar apreciações complexas (...) a fiscalização jurisdicional do exercício desta competência deve limitar-se a examinar se não está viciada por um erro manifesto ou um desvio de poder ou se a instituição em causa não ultrapassou manifestamente os limites do seu poder de apreciação.*» (TJUE, Proc. C-84/94, 1996, cons. 58).

União com organizações internacionais ou terceiros Estados, no exercício do seu *treaty-making power* (TFUE, artigos 216.º e seguintes) e os atos internos, onde se contam os atos legislativos (regulamentos e diretivas), os atos regulamentares e outros atos jurídicos. Dentro do direito derivado, há que analisar as relações de supra e infraordenação. Tal é o caso do valor superior reconhecido aos acordos internacionais da União face ao demais direito derivado, dos atos legislativos sobre os atos regulamentares, etc,

1.5.2. Direito originário

O direito *originário* (ou primário) da União encontra-se, como indicámos, num conjunto de instrumentos jurídicos essenciais à existência e funcionamento da União Europeia.

Conforme indica GORJÃO-HENRIQUES (2019: 271-272), é o direito originário que lhe confere as suas atribuições (limitando de igual modo a esfera de atuação da União dentro das suas competências), regula o seu funcionamento e a sua organização, mas é também «*parâmetro de validade normativa de todo o direito derivado*». Além dos dois tratados Fundamentais (TUE e TFUE) encontra-se ainda no direito originário os protocolos anexos aos Tratados e os tratados de entrada (e de saída) de Estados-membros. Desde o Tratado de Lisboa, integra também o direito constitucional da União a CDFUE, pois é um *bill of rights* aplicável no âmbito de qualquer ato de direito derivado da União,) assim como pelos Estados-membros na implementação do mesmo nos respetivos territórios nacionais. É a natureza garantística da carta de direitos fundamentais, perante os cidadãos europeus, que lhe assegura o seu valor constitucional, superior, portanto, às normas de direito ordinário da União.

a) *Tratados*

Conforme indicamos, em matéria de direito originário, encontramos em primeiro lugar os *Tratados*. Colocar-se-á a questão de que Tratados se consideram direito originário, leia-se *constitutivo*, dado que existem vários e a tipologia é diversa quanto à natureza dos mesmos. Esta questão é explicada em maior detalhe por DOUGLAS-SCOTT (2002: 111) «*although the treaties are constitutive of the EU, there is no one document which does this.*». Veja-se que, na história da UE, os Tratados surgem em várias categorias: *fundacionais*, de

*revisão, de fusão e de adesão, até mesmo de alterações pontuais e especiais*⁴⁴. Vejamos que tratados é que inserem nas categorias acima:

Tipologia dos Tratados da UE

Categoria	Ano de Assinatura	Tratado
Fundacionais	1951	Paris (CECA)
	1957	Roma (TCEE/TCEEA)
	1992	Maastricht (TUE)
Fusão	1965	Bruxelas
Revisão	1986	Ato Único Europeu
	1992	Maastricht (relativamente aos TCEE/TCECA/TCEEA)
	1997	Amsterdão
	2001	Nice
	2007	Lisboa
Adesão	1973	Ad. da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido
	1981	Ad. da Grécia
	1986	Ad. de Portugal e Espanha
	1995	Ad. da Áustria, Finlândia e Suécia
	2004	Ad. do Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia e Chéquia
	2007	Ad. da Bulgária e Roménia
	2013	Ad. da Croácia
Alterações pontuais	1970	Luxemburgo (sobre disposições orçamentais)
	1975	Bruxelas (sobre disposições financeiras)

⁴⁴ Note-se a ausência da categoria de tratados *de saída* para o caso previsto no artigo 50.º TFUE. Tal ausência deve-se ao disposto no 2.º do artigo 50.º, dado que «a União negocia e celebra com esse Estado um acordo que estabeleça as condições da sua saída, tendo em conta o quadro das suas futuras relações com a União.», o que, embora sendo direito originário, o categoriza como um *acordo internacional* celebrado pela União. Tal foi o caso do Reino Unido com a celebração do Acordo sobre a Saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica em 2020, aprovado em nome da União Europeia e da Comunidade Europeia de Energia Atómica, para mais *vide* Decisão (UE) 2020/135 do Conselho de 30 de janeiro de 2020.

	1975	Bruxelas (sobre o protocolo relativo ao estatuto do Banco Europeu de Investimento)
Especiais	1984	Bruxelas (sobre a Gronelândia)

Com efeito, todos os Tratados descritos no quadro comparativo *supra* possuem valor de direito originário. Isto deve-se à origem do direito da União que “brota” dos Tratados como expressão de vontade constitutiva das partes – os Estados-membros (SZUDOCZKY, 2013: 15). Esta lógica encontra-se expressa em *Dubois*⁴⁵ (TG, Proc. T-113/96, 1998, cons. 41):

«O direito comunitário primário compreende os Tratados constitutivos da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, da Comunidade Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica (...), os tratados de adesão de novos Estados-Membros, o Acto Único Europeu e o Tratado da União Europeia. Estes Tratados (...) são acordos celebrados pelos Estados-Membros para instituir ou alterar as Comunidades Europeias»⁴⁶.

O exposto *supra* pelo Tribunal Geral (em diante TG) corresponde à leitura convencional dos Tratados, no sentido em que estamos perante um acordo entre Estados soberanos, procurando realizar uma entidade supraestadual, dotada de atribuições e competências próprias. Encontra-se aqui a questão natureza convencional dos Tratados como fundamento da força jurídica do direito originário, o qual encontra na sua base um ato (ou atos) livremente e igualmente contratualizado entre os Estados-membros, *«en la forme d'une aliance ou d'un pacte, conformément à l'étymologie du mot latin foedus»* (DUBOUT, 2021: 74). Conclui-se, em primeiro lugar, que os Tratados não estão sujeitos à alteração por livre vontade das Instituições – a qual só poderá ocorrer por vontade dos Estados-membros –, em segundo lugar, daqui se retira que os mesmos *«impõem-se-lhes de forma absoluta, sendo inválidos os atos políticos, legislativos ou administrativos que os contrariem»* (MOREIRA, 2014: 291), o que determina uma sujeição absoluta das instituições, em todas as suas formas de atuação, ao texto constitucional dos Tratados.

⁴⁵ Vide ainda *Alemanha v. Comissão* (TJUE, Proc. C-240/90, 1992); *Schneider Electric SA v. Comissão Europeia* (TG, Proc. T-351/03, 2007); *Parlamento Europeu v. Conselho* (TJUE, Proc. C-133/06, 2008); *Intertanko* (TJUE, Proc. C-308/06, 2008); *Kadi* (TJUE, Procs. C-402/05 P e C-415/05 P, 2008); *Audiolux* (TJUE, Proc. C-101/08, 2009).

⁴⁶ A expressão «direito comunitário primário» é utilizada pelo TG, ao invés de “direito originário” da doutrina portuguesa.

b) Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Aprovada no ano 2000, como proclamação conjunta das instituições da União, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia só veio a ser “constitucionalizada” pelo Tratado de Lisboa, tendo entrado em vigor a 1 de dezembro de 2009 juntamente com o mesmo Tratado, caracterizando-se como um marco importante na defesa dos direitos fundamentais em matéria de direito da União Europeia, correspondendo a um desejo antigo no seio das Instituições⁴⁷.

Inicialmente, o TCEE não dispunha de qualquer referência a direitos fundamentais, algo que terá sido propositado como indicam CRAIG & DE BURCA (2015: 318)⁴⁸. Ainda assim, no seguimento do Acórdão *Soweit* do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE, Proc. 2 BvR 2735/14, 2015), nos acórdãos *Internationale Handelsgesellschaft* e *Nold* (TJUE, Proc. 11/70, 1970 e TJUE, Proc. 4/73, 1974)⁴⁹, o TJUE indicou que os direitos fundamentais são parte integrante dos *princípios gerais de direito da União Europeia*, cuja garantia é assegurada pelo Tribunal de Justiça através da inspiração nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, assim se iniciando a proteção de direitos fundamentais por via pretoriana.

Posteriormente, nas conclusões da presidência do Conselho Europeu de 3 e 4 de julho de 1999 em Colónia, foi apontada a necessidade da consolidação dos direitos fundamentais na União através de uma Carta de Direitos Fundamentais, decidindo-se nesse sentido no anexo IV às conclusões⁵⁰. Embora a adoção da Carta de Direitos Fundamentais da União

⁴⁷ Naturalmente, a ideia no sentido da adoção de um catálogo de direitos fundamentais na UE encontrou sempre resistência junto dos Estados-membros opostos à integração política, ainda assim foi aprovada pelo Parlamento Europeu uma Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais, a qual acabou por integrar o projeto constitucional (MOREIRA, 2014: 152). Conforme afirma este autor, foi o «*breakthrough de Maastricht/Amsterdão e a ampliação da consciência de direitos fundamentais na opinião pública europeia [que] acabaram por dar um novo impulso à ideia de aprovação formal de uma Carta de Direitos Fundamentais da CE/EU.*» (MOREIRA, 2014:152).

⁴⁸ A razão prender-se-á, na opinião daqueles autores, na recusa francesa do Tratado de Defesa Europeu, existindo à data uma proposta de combinar esse tratado com o existente TCECA, formando-se o Tratado da Comunidade Política Europeia, o qual continha referências a direitos fundamentais. A recusa francesa de ratificar o Tratado de Defesa Europeu implicou o afastamento de qualquer ideia de Comunidade Política, pelo menos naquela época, levando a excluir qualquer elemento de união política do TCEE, o que explica a ausência de qualquer referência aos direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados-membros face à Comunidade.

⁴⁹ Acórdãos que se encontram no seio do diálogo judicial entre o TJUE e o TCF alemão relativo à força do princípio do primado e à proteção dos direitos fundamentais, ao qual iremos aludir *infra*, vide Cap. 2.3.2. d).

⁵⁰ «*A defesa dos direitos fundamentais constitui um princípio fundador da União Europeia e uma condição imprescindível para a sua legitimidade. O empenho da União no respeito pelos direitos fundamentais foi confirmado e formalizado na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu (...) O Conselho Europeu considera que a Carta deverá abranger os direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos*

Europeia deva a sua adoção ao Conselho Europeu de Nice em 7 a 10 de dezembro de 2000, tendo sido aí proclamada pelas instituições, a questão da força jurídica foi deixada para um momento posterior⁵¹.

Esta última questão foi discutida durante grande parte da década seguinte, com parte da doutrina a argumentar pelo seu valor constitucional e pela sua vinculatividade jurídica (MENÉNDEZ, 2002: 472). A Carta não poderia ser apenas uma mera declaração política, dado que nos anos imediatamente seguintes à sua proclamação, quer o Tribunal de Primeira Instância (atual TG), assim como advogados gerais do TJUE, repetidamente invocaram disposições da CDFUE nas suas decisões e opiniões, respetivamente⁵². Do mesmo modo, a própria Comissão adotou a prática de utilizar a CDFUE como parâmetro da proteção de direitos humanos e de compatibilidade com as tradições constitucionais dos Estados-membros por parte dos Estados candidatos a adesão. Ou seja, a CDFUE ganhou uma proeminência, do ponto de vista dogmático, na atuação das várias instituições a nível europeu, adquirindo uma força de vigência material, não obstante a sua indeterminação a nível formal (MENÉNDEZ, 2002: 476).

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o qual alterou o artigo 6.º do TUE, foi reconhecido à CDFUE «o mesmo valor jurídico dos Tratados», o que implica a sua inserção a nível das fontes, no direito originário. Sucede, aliás, quanto ao seu âmbito de aplicação, que esta fonte não produz efeitos apenas em relação à União, pois, nos termos do artigo 51.º CDFUE, as suas disposições tem por destinatários não somente as instituições,

processuais fundamentais, tal como garantidos na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros enquanto princípios gerais de direito comunitário.» (Conselho Europeu, 1999, Anexo IV)

⁵¹ «O Conselho Europeu congratula-se com a proclamação conjunta pelo Conselho, pelo Parlamento Europeu e pela Comissão, da Carta dos Direitos Fundamentais, que congrega num único texto os direitos civis, políticos, económicos, sociais e de sociedade até aí expressos em diversas fontes internacionais, europeias e nacionais. O Conselho Europeu deseja que à Carta se dê a mais vasta divulgação possível junto dos cidadãos da União. De acordo com as Conclusões de Colónia, a questão do alcance da Carta será analisada numa fase posterior.» (Conselho Europeu, 2000, ponto I. 2.)

⁵² Vide *max.mobil* (TG, Proc. T-54/99, 2002) e *Disputación Foral de Álava* (TG, Proc. T-77/01, 2002), assim como *D'Hoop* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-224/98, 2001), *Baumbast* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-413/99, 2001), *Mulligan* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-313/99, 2001), *Comissão v. República Italiana* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-49/00, 2001), *Ingemar Nilsson* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-131/00, 2001), *Carpenter* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-60/00, 2001), *ASBL* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-459/99, 2001), *Comissão v. República Italiana* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-224/00, 2001), *TNT* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-340/99, 2001), *Hautala* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-353/99 P, 2001) e *Z v. Parlamento Europeu* (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. C-270/99 P, 2001). Tenha-se em atenção que o TJUE, em nenhum destes casos menciona, a contrário dos vários advogados gerais, a CDFUE como instrumento vinculativo, apenas o fazendo bastante mais tarde em *Parlamento v. Conselho* (TJUE, Proc. C-540/03, 2006).

órgãos e organismos da União, mas também os Estados-Membros, embora apenas quando apliquem o direito da União⁵³.

A CDFUE veio reforçar a natureza constitucional da ordem jurídica fundamental da União, pois, como explica KOTZUR (2015:1066), uma ordem constitucional sem garantias constitucionais no que concerne aos direitos humanos, será uma ordem incompleta. Em razão do exposto, a função da CDFUE, além de reforçar as garantias constitucionalmente consagradas dos cidadãos, apresenta-se como uma medida destinada a assegurar que na atividade legislativa da UE, se observa um determinado *standard* de proteção dos direitos fundamentais. Isto é realizado através da concretização na CDFUE, em forma de reafirmação, dos valores e das tradições constitucionais dos Estados-membros que servem de base ao respeito da União pelos direitos fundamentais⁵⁴.

1.5.3. Direito derivado

A segunda categoria de direito da União Europeia agrupa-se na sua generalidade sob o grupo do chamado direito *derivado* (ou secundário, na aceção anglo-saxónica), a qual inclui não só os acordos internacionais da União com terceiros Estados ou organizações internacionais, mas também «os actos unilaterais» da União «susceptíveis de produzir efeitos normativos» (CAMELO GOMES, 2009: 160), os quais estão elencados no artigo 288.º TFUE, a ainda os “acordos interinstitucionais” celebrados pelas instituições da União. Como indica Fausto de QUADROS (2013: 454), são estes atos que «concretizam, desenvolvem e aplicam os Tratados.».

Assim, um dos elementos diferenciadores entre o direito originário e derivado da União Europeia encontra-se na fundamentação para a prática dos atos derivados. Isto é, enquanto o direito originário da União resulta, por um lado, da comunhão de vontades dos seus poderes constituintes – os Estados-membros –, no caso dos Tratados e da CDFUE, o direito derivado encontra a sua fundamentação no direito originário, leia-se, os Tratados⁵⁵.

⁵³ Tenha-se em consideração a explicação de DOUGLAS-SCOTT (2011: 652-653), relativa à interpretação extensiva de que o artigo 51.º CDFUE tem sido alvo, isto é, que a interpretação prevalecente deste preceito «seems to go further than Article 51(1) by stating instead that the Charter is ‘only binding on Member States when they act in the scope of Union law’ which goes beyond ‘implementing’ to include derogations from EU law by Member States and is a potentially very broad sphere of application.».

⁵⁴ Note-se que a CDFUE vá mais longe do que a generalidade das Constituições nacionais e até mesmo do que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (em diante CEDH) no seu escopo dos direitos e garantias nela reconhecidos. Como KOTZUR (2015:1066) explica, «[i]t might very well be seen as Europe’s most advanced human rights document.».

⁵⁵ Ainda assim, é possível que tenhamos regulamentos, diretivas ou decisões de carácter *fundacional*, estabelecendo o regime primário sobre determinada matéria, sendo posteriormente suplementadas por outro

Em razão disto, por outro lado, o direito derivado fica sujeito aos mecanismos fiscalização de constitucionalidade e da legalidade existentes no ordenamento jurídico da União⁵⁶.

Dentro da categorização de direito derivado encontramos essencialmente três tipos de atos: os acordos internacionais, os atos internos da União, onde se contam os atos legislativos, os atos delegados e os atos de execução, previstos nos artigos 288.º a 291.º TFUE, assim como os acordos interinstitucionais previstos no artigo 295.º TFUE, os quais pela sua natureza se agrupam no conjunto geral de direito derivado.

a) Acordos internacionais

No que concerne aos acordos internacionais, os mesmos também se figuram como direito derivado da União, por duas razões: (i) em primeiro lugar, cumpre à União celebrar acordos internacionais com Estados terceiros ou organizações internacionais «*quando os Tratados o prevejam ou quando a celebração de um acordo seja necessária para alcançar, no Âmbito das políticas da União, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados ou quando tal celebração esteja prevista num ato juridicamente vinculativo da União ou seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o seu alcance*», sendo ela mesma parte na convenção, acordo ou tratados celebrados aqueles Estados terceiros ou organizações internacionais, por força do artigo 216.º n.º 1 TFUE⁵⁷; (ii) por isso, a validade dos acordos internacionais da União dependem da sua conformidade com o direito originário (“constitucional”), tal como o demais direito derivado.

A vinculação internacional traduz-se, por um lado, na obrigação da União em adotar todos os atos necessários para implementar adequadamente o acordo internacional, em razão da regra *pacta sunt servanda*, mas também da obrigação dos Estados-membros de cumprirem com as obrigações que para eles decorrem desse mesmo acordo internacional (MARTINES, 2014: 132)⁵⁸.

regulamento, diretiva ou decisão, de carácter delegado ou de execução, estabelecendo-se assim uma hierarquia entre normas (CRAIG & DE BURCA, 2015: 106).

⁵⁶ Vide *infra* Caps. 0 e 0.

⁵⁷ Em matéria de competências, com efeito, nos termos do artigo 3.º n.º 2 TFUE, a União possui competência exclusiva para celebrar acordos internacionais «*quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas*».

⁵⁸ Vide *Haegeman v. Bélgica* (TJUE, Proc. 181/73, 1974, cons. 5), «*[a]s disposições do acordo constituem, a partir da sua entrada em vigor, parte integrante da ordem jurídica comunitária*». MOREIRA (2014: 291, e nota 8) indica ainda que os sujeitos jurídicos dos Estados-membros podem também eles ser titulares de direitos e adstritos a obrigações decorrentes dos acordos internacionais da União – «*[n]o caso dos acordos comerciais e de investimento, é manifesto que os mesmos são fonte de direitos e de obrigações não*

No entanto, é importante ter em conta que os acordos internacionais celebrados pela União «cedem perante os tratados institutivos» (QUADROS, 2013: 484), querendo isto dizer que os mesmos podem ser submetidos desde logo a um eventual controlo preventivo de compatibilidade com os Tratados nos termos do artigo 218.º n.º 11 TFUE, o que poderá colocar em causa a sua entrada em vigor em caso de desconformidade com o texto dos Tratados⁵⁹.

b) Atos legislativos

Conforme indica o artigo 288.º TFUE, «as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões...», um conjunto de atos que terão efeito legislativo, se a sua adoção se der através do processo legislativo ordinário ou especial, nos termos dos artigos 289.º n.º 1, 2 e 3, assim como 294.º TFUE. Estes atos prevalecem geralmente sobre os atos não legislativos, tendo supremacia sobre os atos não legislativos (MACHADO, 2018: 201)⁶⁰.

a) Regulamentos

Nos termos do segundo paragrafo do artigo 288.º TFUE, «[o] regulamento tem carácter geral, [sendo] obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.». Conforme se retira deste texto normativo, a sua natureza

somente para as autoridades da União e dos Estados-membros mas também para os agentes económicos (empresas, investidores, prestadores de serviços, etc.).».

⁵⁹ Daqui se retira que, mesmo entre direito originário, existe em certa medida uma hierarquização das fontes. Os acordos internacionais dos quais a União é parte, devem respeitar os Tratados. Veja-se, no entanto que é possível ao Tribunal de Justiça conhecer, em sede de fiscalização sucessiva, sobre um ato institucional cujo objeto é a conclusão do Tratado. Vide, neste sentido *AETR* (TJUE, Proc. 22/70, 1971) *Comissão v. Conselho* (TJUE, Proc. 165/87, 1988) e *República Federal da Alemanha v. Conselho* (TJUE, Proc. C-122/95, 1998). Conforme explica Fausto de QUADROS (2013: 485): «o TJ sempre entendeu ter competência para a fiscalização sucessiva daqueles acordos através do controlo do ato de conclusão do Tratado (...) [o] ato da União de conclusão de um tratado terá, portanto, para o TJ, a natureza jurídica de ato destacável em relação ao respetivo tratado internacional. Estamos, por conseguinte, perante uma fiscalização indireta da conformidade dos tratados internacionais com os tratados institutivos, levada a cabo através do controlo direto dos respetivos atos de conclusão da União.». Vide, neste sentido, a análise de MOURA RAMOS (2020) relativa à admissibilidade de recurso pelos particulares alvo de acordos internacionais celebrados pela União, nos termos do artigo 263.º TFUE.

⁶⁰ Os atos não legislativos poderão ser *delegados* ou *de execução*, sobre os quais não nos iremos alongar, salvo na presente nota, sob pena de nos afastarmos do objeto do presente trabalho. Os atos *delegados* surgem, nos termos do artigo 290.º TFUE, de uma delegação de poderes na Comissão, visando a adoção de «atos não legislativos de alcance geral que completem ou alterem certos elementos não essenciais do ato legislativo». Estes podem igualmente tomar forma de regulamentos, diretivas ou decisões embora não possuam natureza legislativa. Tal distinção não significa, como explica MACHADO (2018: 201) que os mesmos não possuam caráter vinculativo, apenas que a sua origem não procede de nenhum processo legislativo (quer ordinário, que especial), antes, a sua origem é o próprio ato legislativo precedente, o qual fundamenta os atos delegados. Já os *atos de execução* ganham forma através da atribuição de competências à Comissão para uniformemente *executar* atos juridicamente vinculativos nos termos do artigo 291.º n.º 2.

determina que sejam vinculativos na sua totalidade, sendo ainda aplicáveis no território da União e dos Estados-membros, sem que seja necessária a intervenção de qualquer entidade estadual, nem sequer a sua publicação interna. Conforme explicam CRAIG & DE BURCA (2015: 107), de *aplicabilidade direta* dos regulamentos pode-se retirar dois significados: o primeiro relaciona-se com a criação direta de direitos e obrigações dos particulares, os quais são assegurados através dos tribunais dos Estados-membros; o segundo significado prende-se com o afastamento das regras tradicionais da vigência do direito internacional nos ordenamentos jurídicos dos Estados, especialmente em Estados com uma visão dualista do direito internacional, em que a vigência de normas externas ao seu ordenamento apenas opera através de um ato nacional visando a aplicação daquele; a necessidade de receção expressa de todos os regulamentos na ordem interna faria com que se tornasse virtualmente impossível assegurar a efetividade do direito da União. Daqui se retira que a caracterização dos regulamentos como *diretamente aplicáveis* visa evitar o cenário atrás descrito, ao assegurar que não é necessário qualquer ato de implementação nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros⁶¹.

Não se pode confundir o carácter de imediaticidade dos regulamentos em razão da aplicabilidade direta nos Estados-membros, com a eventual necessidade de alteração de normas dos Estados-membros incompatíveis com aquelas, para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes dos regulamentos (QUADROS, 2013: 465). Tal entendimento foi apresentado pelo TJUE em *Fratelli Variola* (TJUE, Proc. 33/73, 1973, cons. 10):

«*Em razão das obrigações que brotam dos Tratados e assumidas através de ratificação, os Estados Membros encontram-se sob um dever de não obstruir a aplicabilidade direta inerente dos Regulamentos e outras normas de direito Comunitário*»⁶².

Os regulamentos assumem carácter legislativo, nos termos do artigo 289.º n.º 1, 2 e 3, independentemente de a sua criação ter tido lugar através do processo legislativo ordinário ou especial.

O artigo 290º TFUE admite que os regulamentos podem ser desenvolvidos ou completados por *atos delegados* da Comissão e admite ainda que estes atos delegados

⁶¹ O TJUE confirma que, dada a sua presença numa das *fontes*, a atribuição de direitos pelos regulamentos deve ser protegida pelos tribunais nacionais. (TJUE, Proc. 43/73, 1973, dec. 3 e TJUE, Proc. C-253/00, 2002, cons 27).

⁶² NT (da v. em língua inglesa): «*By virtue of the obligations arising from the Treaty and assumed on ratification, Member States are under a duty not to obstruct the direct applicability inherent in Regulations and other rules of Community law.*»

alterem *elementos não essenciais* do ato legislativo, o que equivale aos “regulamentos modificativos” existentes em algumas ordens constitucionais nacionais.

β) Diretivas

Igualmente previstas no artigo 288.º TFUE, as diretivas, são descritas pelo Tratado como «*vincula[ndo] o Estado-Membro destinatário quando ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quando à forma e aos meios*».

Em primeiro lugar, conforme se retira do preceito constitucional, a diretiva, ao invés do regulamento, não tem de ser de aplicação geral, podendo ser dirigidas apenas um ou alguns Estados-membros; em segundo lugar, e mais importante, é de salientar que elas *não são de aplicação imediata*, por si mesmas, carecendo de um ato normativo doméstico de transposição; em terceiro lugar, elas são obrigatórias apenas relativamente ao *resultado* a ser alcançado, ficando os Estados-membros com a liberdade quanto à *forma* e aos *meios* mais adequados para cumprir com a obrigação decorrente da diretiva⁶³.

Ao contrário dos regulamentos, em que os particulares também são visados, as diretivas vinculam somente os Estados-membros, sendo no ato de transposição para o direito interno que fica assegurada a vigência das diretivas no ordenamento interno dos Estados-membros (QUADROS, 2013: 469). Relativamente a este ato de transposição, incumbe aos Estados-membros «*determinar, dentro de certos limites*» a modalidade do direito interno responsável pela transposição do conteúdo da diretiva (legislativa, regulamentar), desde que sejam cumpridas certas «*condições mínimas de publicidade, clareza e certeza em relação às situações jurídicas nelas reguladas*» (GORJÃO-HENRIQUES, 2019: 304-305)⁶⁴.

A diretiva depende assim de dois níveis da intervenção – da União e dos Estados-membros –, a primeira irá determinar pelo menos os objetivos a alcançar, isto é, o alcance mínimo final da harmonização jurídica desejada, sendo que cabe aos últimos escolher os

⁶³ Conforme avançam CRAIG & DE BURCA (2015: 108), a inexistência de aplicabilidade direta das diretivas em contraposição aos regulamentos, assim como a liberdade dos Estados-membros para escolherem a forma e o meios de cumprir com as obrigações contidas nas mesmas, decorre do facto de que, por vezes, as diversidades política, administrativa e social nos Estados-membros, assim como os diferentes regimes jurídicos, colocariam em causa a viabilidade de regulamentos (cuja natureza é geral e vinculativa em todos os seus elementos), pelo que é permitida àqueles alguma liberdade no ato de transposição das diretivas.

⁶⁴ Vide, neste ponto, a posição do TJUE em ambos os acórdãos *Comissão v. Alemanha* (TJUE, Proc. C-131/88, 1991 e TJUE, Proc. C-59/89, 1991).

meios específicos (dentro da *margem de liberdade deixada pela diretiva*) para alcançar a finalidade por ela prescrita⁶⁵.

Apesar de não terem aplicabilidade direta nos Estados-membros, o TJUE veio a reconhecer em certos casos a invocabilidade em juízo pelos particulares de diretivas não transpostas – apelidando-o de *efeito direto das diretivas* –, verificando-se o preenchimento de vários critérios, como veremos *infra*⁶⁶.

Embora as diretivas possuam caráter legislativo nos termos do artigo 289.º n.º 1, 2 e 3 TFUE, elas também podem ser desenvolvidas ou regulamentadas, tal como os regulamentos, por *diretivas delegadas* ou *diretivas de execução* (GORJÃO-HENRIQUES, 2019: 304).

γ) Decisões

As decisões encontram-se previstas no terceiro parágrafo do artigo 288.º TFUE, sendo «*obrigatória em todos os seus elementos*», podendo ser apenas obrigatória para determinados destinatários, quando os designar expressamente, deixando então de assumir natureza normativa⁶⁷. Conforme indica Fausto de QUADROS (2013: 476), com o Tratado de Lisboa, a decisão afasta-se da sua natureza de «*ato individual e concreto*», podendo sê-lo «*quando não for geral e abstrato e os seus destinatários estiverem determinados ou foram determináveis*».

As decisões são *diretamente aplicáveis* quando o sujeito visado é um particular, mas poderão possuir *efeito direto* quando o sujeito visado é um Estado-membro, conforme o apresentado pelo TJUE em *Grad* (TJUE, Proc. 9/70, 1970, cons. 5 e 9):

«*Seria incompatível com o efeito vinculativo que o artigo 189.º reconhece à decisão negar por princípio que a obrigação que ele impõe possa ser invocada pelas pessoas a quem diz respeito (...) Esta obrigação é assim incondicional e suficientemente clara e precisa para se poder considerar como*

⁶⁵ MOTA DE CAMPOS *et al.* (2010: 326) apelida este sistema duplo de intervenção (*regulação*, nas suas palavras) de «*uma espécie de federalismo vertical*, justificando posteriormente, em relação ao destinatário deste ato, que *somente os Estados, habilitados a coordenar os respectivos comportamentos, em função de tais objectivos devam ser os destinatários das diretivas*».

⁶⁶ Vide Cap. 2.2.2. c)

⁶⁷ Vide GORJÃO-HENRIQUES (2019: 3015): «*[a] noção de Decisão foi alterada pelo Tratado de Lisboa. Agora a decisão já não tem de indicar destinatários (...) já não necessariamente individual, podendo mesmo ter alcance geral, como sucederá no domínio da PESC...*». CRAIG & DE BURCA (2015: 108) indicam que esta possibilidade ilustra a «*duality in the use of decisions*», não só como atos vinculativos sobre determinados sujeitos, mas também das decisões como atos vinculativos de caráter geral.

susceptível de produzir efeitos directos nas relações entre os Estados-membros e os particulares.»

A decisão pode ser, na senda dos regulamentos e das diretivas, um ato legislativo nos termos do artigo 289.º n.º 1, 2 e 3, podendo também ser um ato *delegado* ou de *execução* – *decisões delegadas* ou *decisões de execução* –, podendo ainda tomar uma forma *sui generis*, conforme se observa em sede da PESC (QUADROS, 2013: 477).

c) Acordos interinstitucionais

Lugar à parte ocupam os acordos interinstitucionais, que são instrumentos de natureza *quasi-constitucional* (SNYDER, 1995: 8), que surgem no âmbito de um esforço de cooperação entre duas ou mais instituições, nomeadamente, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão. Conforme determina o artigo 295.º TFUE, aquelas instituições «*procedem a consultas recíprocas e organizam de comum acordo as formas da sua cooperação*», possuindo, na generalidade dos casos⁶⁸, carácter vinculativo os acordos institucionais celebrados visando aqueles fins.

Estes acordos configuram-se como uma parte importante na história constitucional da UE, através dos quais os vários poderes institucionais podem projetar princípios orientadores das várias políticas europeias, lançar as bases de uma eventual ação legislativa ou até mesmo resolver problemas a nível interinstitucional (CRAIG & DE BURCA, 2015: 109). Conforme adiantam LENAERTS & VAN NUFFEL (2009: 600), os acordos interinstitucionais terão a sua origem numa declaração comum entre as três instituições (ou duas delas), com vista a criar um processo de concertação entre o Conselho e o Parlamento Europeu, contando com o auxílio da Comissão, para «*actos comunitários de âmbito geral que tenham implicações financeiras sensíveis e cuja adopção não seja imposta por actos pré-existent*s» (Parlamento Europeu, Conselho & Comissão, 1975).

RIEKMANN (2007: 5) apresenta três hipóteses para justificar a existência destes acordos: a primeira indica que estes acordos surgem para preencher as lacunas e ambiguidades existentes nos Tratados; já a segunda tenta justificar-se numa ideia de iniciativa parlamentar por parte do Parlamento Europeu, ou então na vontade quer do Conselho, quer da Comissão em ganhar o apoio daquele no que concerne a algumas iniciativas; finalmente, a última hipótese procura justificar a existência dos acordos

⁶⁸ *Vide* SNYDER (1995) para uma discussão relativa ao espectro, admitidamente vasto, dos efeitos jurídicos contidos nos acordos interinstitucionais.

interinstitucionais através de uma ideia de enriquecimento democrático da União, dado o *empowerment* do Parlamento Europeu – o único órgão da União diretamente eleito –, como parte dos acordos interinstitucionais.

Na opinião de DUBOUT (2021: 336), a dimensão federal da União Europeia implica um forte grau de compromisso ou «*consociationisme*» entre a grande diversidade de interesses comunitários, onde é difícil encontrar uma posição maioritária⁶⁹. Veja-se, v.g. a participação do Conselho e do Conselho Europeu nos procedimentos decisórios, as quais não se governam pela «*logique partisane et de structuration politique de l'ensemble européen*» – encontrada no Parlamento Europeu –, como demonstrativas desta característica de compromisso ou de encontro de consensualidade. Isto explica, por exemplo, como é uma proposta recente da Comissão já foi objeto de negociação no seio do Conselho, assim como discutida pelos grupos parlamentares no Parlamento Europeu, assegurando-se potencialmente a sua posterior aprovação no sistema legislativo bicameral da União. Muita desta cooperação é realizada através da utilização do mecanismo dos acordos interinstitucionais, ao invés de meros entendimentos entre as instituições, embora, como já se aludiu *supra*, as propostas se encontrem sempre sujeitas às regras de adoção dos atos previstas para cada instituição.

1.6. A fiscalização da legitimidade do direito da UE

1.6.1. Tipos de ilegitimidade normativa e mecanismos de fiscalização

Em razão do caminho de integração de tipo federal, o ordenamento constitucional da União Europeia possui alguns mecanismos judiciais de fiscalização da legitimidade do direito da União, a cargo do TJUE, cujo objetivo é assegurar, em primeiro lugar, a

⁶⁹ O estudo específico dos acordos interinstitucionais sempre se deparou com o problema de saber o número específico de acordos celebrados, dado que nem todos foram publicados no Jornal Oficial da União, nem fora, alguma vez, formulada uma lista destes. Num estudo realizado no final do século passado, SNYDER (1995: 3) aponta que a maioria da literatura no tema preocupa-se apenas em definir as características dos acordos interinstitucionais, não aprofundando nos seus efeitos, dado que, considerava SNYDER, o interesse da doutrina no fenómeno seria ainda muito recente. Ainda assim, neste estudo aparece apresentada a possível génese do fenómeno, que se caracterizava por acordos «*very informal in origin and expression. They derived mostly from an exchange of letters or a letter or a declaration in response to claim, usually by the European Parliament to participate in decision-making.*» (SNYDER, 1995: 4). Posteriormente, aponta SNYDER, iniciou-se uma fase marcada por declarações conjuntas pelas três instituições, algumas delas até marcadas pela participação de representantes dos Estados-membros, de carácter mais formal, «*being the result of negotiation between and approval by the participating institutions (...) designed usually to establish a more or less complex procedure, taking the form of a specific document, and being published in the Official Journal.*» (SNYDER, 1995: 5). Finalmente, surge uma terceira fase, essa já sim, marcada pelo aparecimento de acordos e de declarações aptamente apelidados(as) de *interinstitucionais*.

conformidade do direito derivado com o texto constitucional – *os Tratados* –, da conformidade do direito derivado interno com os acordos internacionais da União, assim como da conformidade das normas hierarquicamente inferiores com os atos legislativos.

Tal como no direito constitucional interno, há três modalidades típicas de ilegitimidade normativa na ordem constitucional da União, a saber: (i) a inconstitucionalidade, ou seja, desconformidade com a constituição da União; (ii) a “inconvencionalidade”, ou seja, a desconformidade do direito ordinário interno com os acordos internacionais da União; (iii) a ilegalidade, ou seja, a desconformidade do direito infralegislativo com a legislação da União.

No seio destes mecanismos judiciais encontram-se o *recurso de anulação* e a *exceção de invalidade*, dois mecanismos assaz diferentes, não obstante uma consequente desaplicação do ato em caso de procedência do pedido em ambos os casos, algo que iremos explorar de seguida. Neste contexto importa também mencionar as decisões do TJUE nos processos de reenvio prejudicial procedentes dos tribunais nacionais dos Estados-membros, em que também pode ser suscitada a questão da validade do direito da União aplicável aos casos *sub judice*.

1.6.2. Recurso de anulação

O artigo 263.º do TFUE atribui ao TJUE competência para a fiscalização da validade dos atos normativo-institucionais da União Europeia. No seu primeiro parágrafo, o preceito começa por atribuir competência ao Tribunal de Justiça para fiscalizar «*a legalidade dos atos legislativos, dos atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.*». Além destes, existe também competência para conhecer da «*legalidade dos atos dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.*».

A solução encontrada no artigo 263.º denota uma preocupação em agrupar todos os atos vinculativos das instituições, órgãos e organismos da União, cuja lista é, de forma não surpreendente, encabeçada pelos atos de natureza legislativa, sendo o Tribunal «*competente para conhecer*» de questões relacionadas com «*incompetência, violação de formalidades essenciais*» e finalmente, «*violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação.*». A competência exclusiva do Tribunal de Justiça para fiscalizar a validade, em sede de recurso de anulação «*de todas as disposições tomadas pelas instituições que se*

destinem a produzir efeitos jurídicos, quaisquer que sejam a respectiva natureza e forma» (TJUE, Proc. 22/70, 1971, cons. 42) afasta as autoridades nacionais que *«não são competentes para declarar a invalidade dos actos das instituições comunitárias»* (TJUE, Proc. 314/85, 1987, cons. 20)⁷⁰. No entanto, os Estados-membros têm competência para os referido recurso junto do TJUE, e os tribunais nacionais têm o poder e a obrigação de submeter ao mesmo tribunal da União as questões de validade de normas do direito da União que sejam aplicáveis aos casos que tenham de decidir.

Na sua análise à versão do artigo 230.º TCE (263.º TFUE) no que concerne às características do ato a impugnar, MOTA DE CAMPOS *et al.* (2010: 465-466) indica que *«são passíveis de recurso os actos comunitários definitivos, revestidos de carácter decisório e destinados a produzir um efeito de direito obrigatório.»* Explica ainda que, *«quando se trate de actos cuja elaboração decorre em várias fases, nomeadamente no âmbito de um processo interno, só constituem, em princípio, actos recorríveis as medidas que fixem definitivamente a posição da Instituição no termo desse processo, excluindo-se conseqüentemente as medidas transitórias cujo objectivo é preparar a decisão final»* (MOTA DE CAMPOS *et al.*, 2010: 466).

Na sua atual redação, o artigo 263.º TFUE menciona expressamente os *«atos legislativos»*, iniciando a lista de atos sujeitos a fiscalização. Compreendemos que esta alteração foi destinada a, tão-somente, esclarecer a natureza dos atos elencados, dado que na sua leitura anterior *«a legalidade dos actos adotados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho»*, remeter-nos ia na maior parte dos casos para os atos legislativos adotados nos termos do antigo processo de *codecisão* previsto no artigo 251.º TCE e que hoje em dia se encontra reformulado no *processo legislativo ordinário* do artigo 294.º TFUE. No entanto, esta alteração de nomenclatura insere-se num âmbito mais extenso de alterações aos Tratados que, à parte das alterações relativas ao funcionamento das Instituições e do próprio processo legislativo ordinário, inclusive do peso democrático do Parlamento Europeu neste

⁷⁰ Não se deve confundir, porém, a competência exclusiva do Tribunal de Justiça em sede do recurso de anulação com a competência que decorre do mecanismo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, que também atribui, com exclusividade ao TJUE, a competência para *«decidir, a título prejudicial (...) sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.»* O mecanismo de reenvio prejudicial, como explica KOVAR (1991c: 3), *«est une expression de la répartition des compétences judiciaires dans la Communauté.»* É exatamente porque compete aos órgãos jurisdicionais nacionais aplicar o Direito da União que se deve considerar a possibilidade – e por vezes a obrigação – de nos *«rapports de coopération (...) entre les juridictions nationales et la Cour de justice»* (LOUIS *et al.*, 1993: 205), os tribunais nacionais possuírem a possibilidade de solicitar a fiscalização das normas jurídicas previstas na alínea b) do artigo 267.º TFUE, de modo a conseguir cumprir com êxito a sua função de *juizes comunitários ordinários*.

último, visaram claramente descrever a atuação das Instituições da União Europeia (no cumprimento das suas atribuições), como revestida de uma verdadeira competência legislativa.

Com efeito, HARTLEY (2014: 407) explica que a grande distinção que deveria ser feita antes do Tratado de Lisboa, , seria entre «*normative acts*» e os «*individual acts*», porquanto regulamentos seriam atos normativos e decisões seriam atos individuais. Ainda assim, explicam CRAIG & DE BURCA (2015: 510) que a novidade trazida pelo Tratado de Lisboa foi a inclusão do Conselho Europeu e dos restantes órgãos e organismos da União, «*although prior jurisprudence had already brought agencies within the remit of judicial review*» – indo, o esforço positivador, ao encontro ao sentido decisório do Tribunal Geral em *Sogelma* (TG., Proc. T-411/06, 2008, cons. 33 a 57).

Finalmente, há que fazer menção à opinião de SCHWARZE (2002: 19), que estabelece uma curiosa correspondência entre os pressupostos da *judicial review* sobre os atos administrativos existente em França e aqueles indicados no segundo parágrafo do artigo 230.º TCE (263.º TFUE); conforme explica, «*[h]ere, Community law exactly follows the French pattern, it is obvious that – apart from some German influence on the principle – the French system has been the model in establishing the grounds of judicial review and the instruments by which it should be granted at Community level.*». Com efeito, o segundo parágrafo prevê os «*recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder...*».

Assim, conforme indica Fausto de QUADROS (2013: 376), a competência do TJUE a título de fiscalização, faz parte da sua *jurisdição constitucional* (e administrativa), o que parece adequado, em consequência da clara caracterização deste Tribunal como tribunal constitucional federal da União, aproximando-se daqueles pertencentes aos sistemas judiciais estaduais (QUADROS, 2013: 374).

Como é bom de ver, só os atos da União (das suas instituições, órgãos e organismos) estão sujeitos a *judicial review* do Tribunal de Justiça, não os atos adotados pelos Estados-membros (DUARTE, 2017a: 166)⁷¹, nem os atos que são responsabilidade de entidades jurídicas terceiras à União Europeia (DUARTE, 2017a: 167).

⁷¹ Diferente caso será, naturalmente, o dos atos adotados pela coletividade dos Estados-Membros quando a natureza do ato reveste a forma de um ato institucional, i.e., um ato do Conselho de ministros (TJUE, Proc. 22/70, 1971, cons. 59-61, 63).

No que concerne à legitimidade para recorrer, deve ser tido em conta o regime previsto nos parágrafos 2.º e 4.º do artigo 263.º TFUE. O primeiro enuncia os chamados *recorrentes privilegiados*, aos quais se costuma dar na doutrina uma maior importância, dada a sua natureza institucional (CAMELO GOMES, 2009: 115), sendo também categorizada como *recorrentes de legitimidade plena* (DUARTE, 2017a: 172). Falamos aqui dos Estados-membros, do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, que são «*dispensados de demonstrar interesse em agir*» (DUARTE, 2017a: 172).

Já o quarto parágrafo do artigo 263.º, prevê os critérios de admissibilidade de recurso dos interessados diretos na anulação do ato, relativamente às pessoas individuais e coletivas que podem lançar mão do presente recurso perante o Tribunal de Justiça, conforme se pode ler:

«[Q]ualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas no primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução.»

Nos termos do artigo 263.º TFUE, as pessoas singulares e coletivas podem socorrer-se deste procedimento, se os atos a impugnar – quer estes possuam natureza de ato administrativo ou de ato normativo – as visarem diretamente. Naturalmente no que respeita às pessoas individuais, conforme explica o Tribunal de Primeira Instância em *First Data v. Comissão* (TPIInst, Proc. T-28/02, 2005, cons. 34), «[u]m recurso de anulação (...) só é admissível na medida em que o recorrente tenha interesse em que o acto impugnado seja anulado» – e deste modo que «o recurso seja susceptível, pelo seu resultado, de conferir um benefício à parte que o interpôs.».

Por fim, vale a pena mencionar que a estes juntam-se o Tribunal de Contas, o Banco Central Europeu e o Comité das Regiões, que poderão recorrer, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 263.º TFUE, «com o objetivo de salvaguardar as respetivas prerrogativas». Como explica DUARTE (2017a: 173), o objetivo em fazer figurar estas instituições foi a de «pela via contenciosa, defender o seu lugar nas relações interinstitucionais».

Relativamente aos efeitos da *judicial review* nos termos do artigo 263.º TFUE, o ato sujeito a controlo junto do TFUE, em caso de procedência do recurso, considerar-se-á como

inválido, sendo anulado com *efeitos gerais e ex tunc* – anulação cujos efeitos serão, portanto, retroativos (art.º 264.º TFUE)⁷².

Todavia, é sempre possível ao Tribunal de Justiça salvaguardar alguns dos efeitos produzidos pelo ato anulado (parágrafo 2.º do mesmo artigo). GORJÃO-HENRIQUES (2019: 439) explica que tal possibilidade tem o objetivo de «*ressalvar efeitos já produzidos como para manter a vigência de um acto inválido até à sua substituição por um novo acto (...), designadamente por razões de proteção da segurança jurídica e das legítimas expectativas de terceiros.*» Porém, também é possível que apenas partes inválidas de um ato sejam anuladas (nulidade parcial), ao invés de uma nulificação que abranja a totalidade do ato atacado (CRAIG & DE BURCA, 2015: 579).

Os dois últimos tipos de anulação meramente prospetiva ou mesmo até parcial encontram-se geralmente ligados às Decisões, mas mesmo a expectativa natural, num exercício lógico decorrente da diferença entre atos, que aqueles de natureza normativa sejam sujeitos a uma invalidação com efeitos retroativos não implicará que essa solução seja obrigatoriamente adotada; veja-se por exemplo, a potencial anulação de Regulamentos que sirvam de base a medidas posteriores (CRAIG & DE BURCA, 2015: 580) – optando-se por uma invalidação meramente prospetiva, ou uma com retroatividade limitada, de modo a salvaguardar quaisquer efeitos desejáveis.

A declaração de invalidade de um ato institucional poderá ainda acarretar outros efeitos, que venham a determinar, por exemplo, que «*a instituição em causa tem também a obrigação de eliminar dos textos já publicados à data do acórdão de anulação*», se estes possuírem como fundamento uma norma cuja invalidade fora declarada (TJUE, Procs. 98/86, 193/86, 99/86 e 215/86, 1988, cons. 30). Ou seja, poderá ser necessário que as instituições fiquem obrigadas a praticar certos atos destinados a eliminar certos efeitos, entretanto produzidos pelas normas impugnadas, e, de igual modo, abster-se de praticar atos de implementação que encontrem fundamento nessas mesmas normas (CRAIG & DE BURCA,

⁷² Importa ressaltar, porém, os casos de *inexistência jurídica*, em que não é necessário enveredar pelo recurso de anulação: «*[t]he exception is where acts are tainted by particularly serious illegality, and are deemed to be 'non-existent', from which three consequences flow: the normal time limits for challenge do not apply, since the act cannot be cloaked with legality by the passage of time; such acts do not have any provisional legal effects; and not-existent acts are not actually susceptible to annulment, because there is no 'act' to annul*» (CRAIG & DE BURCA, 2015: 513). No entanto, estes autores relembram que os efeitos práticos que se retiram da declaração de invalidade e da inexistência jurídica da norma serão os mesmos. A jurisprudência do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça parecem corroborar este pensamento em *BASF v. Comissão*, porquanto a eventual inexistência jurídica de um ato deve ser de conhecimento officioso do Tribunal (TG, Procs. T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, 1992, cons. 31, 68, 101), (TJUE, Proc. C-137/92 P, 1994, cons. 36, 50).

2015: 579), ou até, no limite, a substituir o ato por um novo, se tal for determinado pelo TJUE, «*que não pode, por seu lado, substituir-se à instituição*» (CAMELO GOMES, 2009: 116).

1.6.3. Exceção de ilegalidade

A *exceção de ilegalidade* (ou, *de inconstitucionalidade*, conforme os casos) prevista no artigo 277.º TFUE, cuja nomenclatura se deve largamente à Doutrina⁷³ aparece como uma solução de *natureza incidental*, com especial relevância, dado que se configura como um incidente processual que servirá o propósito de permitir que se coloque em causa a aplicação a um caso concreto de um ato de alcance geral, cuja legalidade reveste particular relevo para a causa principal a correr junto do TJUE⁷⁴. Podendo ser invocada por «*qualquer parte*»⁷⁵, este meio processual não possui prazo de invocabilidade, pelo que pode ser suscitado a todo o tempo em qualquer caso em que tal norma venha ser aplicável; aliás, a única condição relativa ao prazo para lançar mão do mesmo encontra-se no início da disposição, por quanto «*[m]esmo depois de decorrido o prazo previsto no sexto parágrafo do artigo 263.º...*», não estando previsto nenhum limite ao prazo para interposição da presente *exceção*.

Não obstante as considerações que se possam tecer relativamente à possibilidade de invocar a *exceção de ilegalidade* no âmbito dos vários recursos diretos junto do TJUE⁷⁶, a menção do artigo 263.º TFUE remeter-nos-á, obrigatoriamente, para a necessária conjugação do recurso de anulação com a presente exceção, pois é possível encontrar um ato de natureza

⁷³ Maria Luísa DUARTE (2017a: 218) indica que não obstante a omissão no texto do Tratado, da designação dada à exceção «*que torna possível a invocação da ilegalidade*», a semelhança do modelo processual destinado a este fim nos ordenamentos jurídicos nacionais levou a doutrina a designar a mesma de «*exceção de ilegalidade*». Jonatas MACHADO (2018: 656) apelida este, no entanto, de *incidente de legalidade*.

⁷⁴ Em versões anteriores àquela introduzida pelo Tratado de Lisboa, apenas era possível requerer o controlo incidental dos regulamentos (MONIZ, 2012: 995), possibilidade entretanto alterada em virtude do desenvolvimento da jurisprudência (TJUE, Proc. 92/78, 1979).

⁷⁵ É necessário fazer-se aqui a eventual ressalva relativa aos particulares, por duas ordens de razão: 1) esta faculdade oferecida pelo Tratado visará principalmente os particulares atingidos por atos de natureza gerais de natureza alargada, quando não se encontram em situação que preencha o requisito restrito do artigo 263.º, nomeadamente que a decisão ou ato «*lhes diga direta e individualmente respeito*» – será portanto para «*compensar a restrita legitimidade que lhes é oferecida pelo art.º 230.º*» (263.º TFUE) (MARQUES, 2008: 52); 2) Em sede de inobservância do prazo para recurso nos termos do artigo 230.º, esta faculdade não pode ser invocada *a posteriori* pelos particulares, mesmo que se tente fazer uma leitura mais ampla do ato a impugnar, isto é, que o mesmo seja de natureza geral e abstrata mas lhes digam, ainda assim, diretamente respeito. (MARQUES, 2008: 62-63).

⁷⁶ Um tema que ultrapassa, em larga medida, o objeto deste trabalho, no entanto, para mais desenvolvimento sobre este tema *Vide* VANDERSANDEN & BARAV (1977: 248 e ss.).

alargada – de carácter *geral e abstrato* – cujos efeitos visem diretamente e individualmente um ou um conjunto de particulares. Oferece-se a título de exemplo o caso dos Regulamentos – esta circunstância permite aos particulares afetados (em especial o caso das pessoas coletivas), «*excluíd(as) pelo segundo parágrafo do artigo 173.º (263.º TFUE) da possibilidade de recurso directo contra os actos de carácter geral, quando sejam afetadas por decisões de aplicação que lhes digam directa e individualmente respeito*» (TJUE, Proc. 92/78, 1979, cons. 41).

Relativamente aos *requerentes privilegiados*, não foi pacífica a sua inclusão na lista dos possíveis requerentes à exceção de ilegalidade, não obstante a expressão *qualquer parte* presente no artigo 277.º TFUE. GERHARD BEBR (1967: 7) opôs-se consistentemente a esta possibilidade por duas razões: por um lado, os Estados-membros e as instituições podem sempre usar o recurso de anulação para visar anular qualquer ato – sem os limites relativos à amplitude do mesmo – dentro do prazo previsto no artigo 263.º TFUE; e por outro lado, a exceção de ilegalidade teria sido introduzida no Tratado com o fundamento de que «*private parties whose right to bring an annulment action against general acts or regulations is very limited (...) This very restricted right of private parties to challenge general acts or regulations was the primary reason for introducing an exception of illegality.*» (BEHR, 1981: 192-193).

Contudo, não se consegue desconsiderar a lógica apresentada anteriormente, em respeito das ações de anulação que visam anular decisões que assentam em atos considerados ilegais – o requerente poder-se-á ter apercebido da desconformidade do ato através da adoção da decisão impugnada, já havendo decorrido o prazo de dois meses do artigo 263.º TFUE (BARAV, 1974: 371). O TJUE parece concordar com esta leitura, indicando que manter uma compreensão contrária que vise impedir, por exemplo, um Estado-membro de impugnar «*em caso de litígio, a legalidade de um regulamento para invocar, no Tribunal de Justiça, a sua inaplicabilidade (...) Sendo tal solução, salientou o advogado-geral no n.º 61 das suas conclusões, contrária à própria letra do artigo 241.º CE (277.º TFUE) que confere esse direito a «qualquer parte...»*» (TJUE, Proc. C-442/04, 2008, cons. 22).

Por fim, relativamente aos efeitos da procedência da exceção, o ato que figura como objeto do incidente é declarado padecer de *ilegalidade*, mas os efeitos resultantes dessa declaração são alvo de discussão doutrinária. A dificuldade em chegar a um consenso doutrinário neste ponto encontra-se *em saber se a mesma produz efeitos interpartes ou erga omnes*. Na primeira hipótese, isto quereria dizer que o ato manter-se-á no ordenamento

jurídico da União Europeia, pelo que a decisão só afetará a eficácia do ato na relação jurídica entre as partes no processo (MARQUES, 2008: 141-143).

A lógica desta visão assenta que, se por um lado, essa é finalidade das medidas de carácter incidental que visam apreciar a legalidade dos atos (MARQUES, 2008: 141), por outro, existe já um meio de fiscalização da validade dos atos normativos – relembramos, o recurso de anulação previsto no artigo 263.º TFUE, que figura como o meio uniforme, em Direito da União, para impugnar a validade destes.

Na outra das hipóteses, há quem defenda a produção de efeitos para fora daquilo que é o âmbito interno do processo – retirando a norma do ordenamento jurídico –, mesmo que para isso o Tribunal tenha de lançar mão dos poderes de limitação temporal, ou mesmo de limitação de efeitos, previsto no artigo 264.º TFUE. As razões que sustentam este lado da discussão, aponta MARQUES (2008: 143), baseiam-se na perigosidade trazida para ordenamento jurídico pela aplicação de atos que tenham sido anteriormente considerados ilegais, da liberdade possuída pelos órgãos que emanaram o ato em poder manter o mesmo como válido ao invés de o revogar, e finalmente dos problemas levantados a nível do princípio da igualdade entre os cidadãos –, até porque estamos aqui a discutir a ilegalidade de um ato de carácter geral e abstrato.

Porém, a anulação do ato contestado não é o objetivo visado pelo artigo 277.º – embora não vejamos com bons olhos a manutenção de legislação previamente declarada como inválida no ordenamento jurídico da União. Assim, a finalidade do artigo 277.º parece-nos bastante clara, (i) porque a leitura do mesmo menciona expressamente a *inaplicabilidade do ato*⁷⁷ como solução ao esgotamento do prazo previsto para o recurso de anulação – o ato já não é anulável, mas pode sempre ser desaplicado – e (ii) pela própria existência do recurso de anulação, que embora possua um prazo de proposição, tem uma finalidade específica – a de anular atos institucionais, de natureza normativa ou decisória – pelo que pugnar-se-ia mais rapidamente pela hipotética abolição do prazo para interposição deste, visando anular os atos considerados desconformes a qualquer momento – do que por uma consideração de efeitos *erga omnes* em sede de exceção de invalidade.

⁷⁷ «*Inapplicability of that act*», na versão em língua inglesa.

Capítulo 2. A vinculação dos Estados-membros ao direito da UE

«Europe will only regain its radiance by rekindling the beacons of conscience, life and law» (Louise Weiss).

2.1. Uma construção pretoriana

Neste capítulo, iremos ocupar-nos da questão da vinculação dos Estados-membros ao direito da União Europeia. Especificamente, iremos ver, para além dos princípios do efeito direto e da primazia do direito da União sobre o direito dos Estados-membros, as exceções ou limites desenvolvidos pela doutrina constitucional quanto a essa mesma primazia. Iremos ver também a posição única dos tribunais nacionais como garantes da tutela jurisdicional efetiva o direito da União e as obrigações que decorrem dessa mesma qualidade, vendo ainda como é que estes, lançando mão do mecanismo do reenvio prejudicial, podem solicitar do TJUE a interpretação ou a pronúncia sobre a validade do direito da União aplicável. Finalmente, no final deste capítulo, iremos lançar um olhar breve sobre a consequência do incumprimento dos Estados-membros perante as obrigações que decorrem do direito da União, verificando ainda os seus fundamentos, acompanhando com a jurisprudência relevante do TJUE¹.

Conforme explica VARGA (2021: 37), uma das especificidades do direito da União, que decorre do tipo de integração parafederal adotado, é a aplicação descentralizada das suas normas, pelo que *«[c]ette spécificité a pour résultat que non seulement les institutions européennes mais aussi les organes nationaux sont obligés d'appliquer les règles de l'Union»*. Todas as obrigações que decorrem do direito da União nesse sentido possuem a característica base da preocupação com a *aplicação efetiva* do direito da União no território dos Estados-membros. Esta ideia é especialmente relevante para os tribunais nacionais.

¹ Para mais sobre este tema, em perspetiva jurisprudencial, *vide* PAIS (2018).

Na verdade, diferentemente do que sucede noutros sistemas federais, o tipo de integração federal específico da UE não implica somente que os Estados-membros têm de respeitar os Tratados (que são a “Constituição federal” da União) e deixam de poder legislar sobre as matérias de competência exclusiva da União ou sobre as matérias de competência concorrente sobre as quais a União tenha legislado (obrigações “negativas”), mas também que ficam obrigados a transpor as diretivas legislativas da União para a ordem interna e, sobretudo, a proceder à execução do direito da União (obrigações “positivas” ou “ativas”).

Importa sublinhar, no entanto, que com ressalva da obrigação dos Estados-Membros de respeitarem os “valores” indicados no artigo 2º TUE, que são «*comuns aos Estados-membros*», podendo ser sancionados em caso de desrespeito por eles (artigo 7.º TUE), assim como do artigo 51.º, nº 1, da CDFUE, segundo o qual os Estados-membros estão vinculados à Carta, «*quando apliquem o direito da União*», os Tratados não inserem nenhuma norma geral sobre a relação entre o direito da União e o direito nacional. Por isso, quando o artigo 8º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa (em diante CRP) determina que os Tratados e o direito derivado da UE «*são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União*», em vão procuraremos tais termos de forma explícita no texto dos Tratados ou em qualquer lei da União.

Com efeito, a génese dos dois princípios constitucionais fundamentais da ordem jurídica da União quanto a esse ponto essencial – o *efeito direito* e a *primazia do direito da União* na ordem interna não é constitucional nem legislativa, mas jurisprudencial, tendo sido concebidos e desenvolvidos por meio de decisões do TJUE, através da interpretação do TCEE-Roma, nos termos do antigo artigo 177.º n.º 1 (267.º TFUE). Trata-se da expressão mais proeminente do papel essencial do TJUE na leitura constitucional da integração europeia, que M. Poiares MADURO tão bem explicou na sua já clássica obra, *We the Court* (1998), sobre a constituição económica da União.

Sendo difícil atribuir uma importância maior a um daqueles princípios, secundarizando o outro, ambos formam no seu conjunto *um princípio de eficácia material* do direito da União. Sem estes princípios o Direito da União ficaria essencialmente desprovido da sua utilidade prática. Explica-se então a preocupação do Tribunal de Justiça, como guardião da ordem comunitária, em clarificar as regras aptas a resolver o previsível conflito de ordens jurídicas e os meios processuais de salvaguarda da integridade deste novo ramo do Direito.

2.2. O efeito direto

2.2.1. Formulação jurisprudencial do princípio

Por *efeito direto do direito da União*, o primeiro elemento do princípio da efetividade, compreende-se a *aplicação direta das suas normas na esfera jurídica dos destinatários*, nacionais dos Estados-membros, criando direitos e obrigações, sem necessidade de qualquer ato a nível interno, e a consequente *invocabilidade em juízo* das disposições de direito da União, *regra geral*, criadoras de direitos para os particulares ou protetoras das expectativas jurídicas destes. As suas normas produzem *efeito direto* nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros. Aliás, como aponta PESCATORE (2015: 135), esse é o «*normal estado de saúde do Direito*», devendo ser presumido a todo o tempo que o direito será passível de invocação e consequente aplicação, sendo que nos encontraríamos perante um sério problema na ausência de efeito direto. Como dito acima, a sua criação é de matriz jurisprudencial, logo no início do processo de integração europeia, no acórdão *Van Gend & Loos* (TJUE, Proc. C-26/62, 1963), no qual o TJUE afirmou a existência de uma «*nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais*» (TJUE, Proc. C- 26/62, 1963: 210). Os Tratados não vinculam diretamente somente os Estados, como é regra no direito internacional, mas também os seus próprios nacionais. O direito da União cria direitos e obrigações que entram a fazer parte integrante da esfera jurídica dos cidadãos dos Estados-membros, como nova fonte de direito na ordem jurídica nacional, passando então os cidadãos a usufruir de direitos e a estar sujeitos a obrigações, uns e outras passíveis de serem invocado/as perante os tribunais dos Estados.

Essencialmente, a argumentação do Tribunal de Justiça em *Van Gend & Loos* (TJUE, Proc. 26/62, 1964) resultou no estabelecimento de três requisitos a serem cumpridos pelas normas de direito da União, de modo a verificar-se a sua invocabilidade em juízo: as disposições dos Tratados teriam de ser suficientemente *claras, precisas e incondicionadas* (GORJÃO-HENRIQUES, 2019: 357)². Estes requisitos prendem-se com uma determinação segura do alcance da norma, no sentido em que esta deve ser suficientemente *clara e precisa*,

² A argumentação do Tribunal de Justiça prende-se com a obrigação contida no artigo 12.º do TCEE (34.º e 35.º do TFUE), isto é, a «*proibição clara e incondicional*» à qual os Estados-membros estavam adstritos, assim como de essa obrigação não estar condicionada a «*qualquer reserva por parte dos Estados no sentido de sujeitarem a sua execução a um acto positivo de direito interno*» (TJUE, Proc. 26/62, 1964: 211).

para que da sua leitura se possa retirar inequivocamente a proteção de um novo direito atribuído aos cidadãos, ou uma obrigação a ser cumprida pelos Estados. Relativamente ao requisito da *incondicionalidade*, ele determina que a norma poderá *valer por si mesma*, não necessitando de qualquer medida posterior por parte dos Estados para ter invocada em juízo, isto é, como explica o Tribunal de Justiça em *Van Gend & Loos* (TJUE, Proc. 26/62, 1964: 211) – «*não necessita de intervenção legislativa dos Estados*»³.

A doutrina do *efeito direto*, que inicialmente, como veremos, apenas abrangia o direito originário – nas relações *verticais*, particular-Estado, num primeiro momento, e nas relações *horizontais*, entre particulares, num momento posterior –, evoluiu depois no sentido de passar também a prever a *invocabilidade em juízo* das disposições das Diretivas e mesmo dos Regulamentos.

2.2.2. Âmbito da aplicação direta

Se a aplicação direta na ordem interna dos Tratados não suscitou grandes dificuldades, o mesmo não sucedeu com as normas do direito derivado da União, produzido pelas instituições da União, em especial no que diz respeito às diretivas. Convém, por isso analisar separadamente a questão em relação aos principais tipos de normas do direito da União.

a) *Preceitos dos Tratados*

Será impossível começar um ponto específico dedicado ao efeito direto sem atentar no reconhecimento, pela jurisprudência, do primeiro conjunto de atos sujeitos à invocabilidade em juízo pelos particulares, isto é – *os Tratados*. É em *Van Gend & Loos*, já referido em sede do estabelecimento dos requisitos normativos do efeito direto, que encontramos a primeira posição do *pretor* comunitário sobre este *princípio*.

À questão prejudicial colocada pela *Tariefcomissie* dos Países Baixos– «*[o] artigo 12.º do Tratado CEE tem efeito interno, isto é, os particulares podem, com base neste artigo, fazer valer direitos individuais que o juiz deva tutelar?*» –, a resposta do TJUE, com base

³ Razão pela qual se exige que, no caso de disposições pertencentes a diretivas, exista um requisito adicional – que esta não tenha sido transposta no prazo atribuído, ou então que tenha sido mal transposta, como veremos *infra*, Cap. 2.2.2. c).

nos requisitos acima formulados, constituiu o primeiro degrau na escada do efeito direto⁴. A lógica da sua resposta, como ensina CREMONA (2013:27), não se fundamentaria apenas na possibilidade de o direito da União atribuir direitos aos cidadãos, mas na obrigação a que os tribunais nacionais estariam adstritos em razão do efeito direito – a de proteger esses mesmos direitos. Esta imposição é de uma natureza absolutamente comunitária, não se fundamentando «*according to the principles of national law*’, *which would trespass on the role of national courts*» (CREMONA, 2013: 27)⁵, não precisando, portanto, de estar presente no direito interno dos Estados-membros.

Esta «*garantia mínima*» (QUADROS, 2013: 427) dos direitos dos cidadãos, que se apresenta como um dos elementos essenciais ao próprio funcionamento do ordenamento jurídico comunitário, acaba por atribuir uma acrescida «*importância institucional*» à decisão, pois entrega ao juiz nacional a responsabilidade de zelar pelos direitos dos cidadãos atribuídos pelo ordenamento jurídico da União (HALBERSTAM, 2013: 114)⁶. Importa também indicar que o TJUE considera igualmente que o interesse dos particulares *na salvaguarda dos seus direitos* complementarará o outro sistema de controlo existente – em sede de contencioso –, por iniciativa da Comissão e dos Estados-membros. Conforme indica PESCATORE (2010: 7), perante o vasto histórico de reenvios prejudiciais realizados em sede da invocação de direitos atribuídos aos cidadãos pelo direito da União, refere-se a esta passagem específica de *Van Gend & Loos* como «*profética*», considerando que o reenvio prejudicial ter-se-á, nos anos seguintes, tornado verdadeiramente a «*ação por incumprimento dos cidadãos*».

⁴ BARNARD (2013: 117) afirma mesmo que *Van Gend & Loos* é tão «*central*» ao ADN da União Europeia, que nenhuma cadeira dedicada a estudar o seu direito estaria completa sem uma discussão deste acórdão.

⁵ Embora Caramelo GOMES (2009: 214) entenda, não obstante a admissão do sentido inicial dado pela jurisprudência através da ligação entre o «*efeito direto*» e os «*direitos subjetivos dos particulares*», que a «*evolução da jurisprudência levou a um alargamento desta noção, que atualmente parece significar invocabilidade ainda que mais não seja, quando não estejam preenchidos os requisitos do efeito directo, através do mecanismo da interpretação conforme...*». Embora certamente discutível, do ponto de vista da finalidade do *efeito direto*, conforme criado pelo Tribunal de Justiça, somos levados a concordar com esta opinião. A jurisprudência posterior, v.g. *Marshall* (TJUE, Proc. 152/84, 1986), parece desligar a questão da *invocabilidade* da finalidade expressa de assegurar os «*direitos subjetivos dos particulares*», aparentemente substituindo-a por uma questão de eficácia geral do direito da União.

⁶ Este autor faz a distinção, aliás, entre aquilo que entende ser o «*normative side*» da decisão, isto é, «*recognition that the subjects of the new legal order 'comprise not only Member States but also their nationals'*» –portanto, a submissão dos cidadãos dos Estados-membros ao corpo normativo emanado pelo ordenamento jurídico comunitário –, mas também o «*institutional side*», como vimos, a preponderância do papel dos órgãos jurisdicionais nacionais na realização dos objetivos do mercado único – a proteção destes direitos criados a favor dos indivíduos (HALBERSTAM, 2014: 113-114).

«(...) a função do Tribunal de Justiça no âmbito do artigo 177.º, cujo objectivo consiste em assegurar a uniformidade de interpretação do Tratado pelos órgãos jurisdicionais nacionais, confirma que os Estados reconheceram ao direito comunitário uma autoridade susceptível de ser invocada pelos seus nacionais perante aqueles órgãos. Daqui deve concluir-se que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais. Por conseguinte, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na sua esfera jurídica (...). O artigo 12.º deve ser interpretado no sentido de que produz efeitos imediatos e atribui direitos individuais que os órgãos jurisdicionais nacionais devem tutelar» (TJUE, Proc. 26/1962, 1963: 210-211).

Embora o princípio do efeito direto tenha sido aceite de uma forma relativamente pacífica, rapidamente a doutrina procurou saber qual o seu alcance, isto é, até onde poderia o *efeito direto* chegar? Tal solicitação recebeu resposta do TJUE numa série de decisões proferidas na década seguinte, das quais se retiram, no que diz respeito ao efeito direito relativo a preceitos dos Tratados, *Lorenz* (TJUE, Proc. 120/73, 1973), *Walrave* (TJUE, Proc. 36/74, 1974) e *Defrenne 2* (TJUE, Proc. 43/75, 1976)⁷.

Em *Lorenz*, o Tribunal de Justiça encontrou-se perante a possibilidade de reafirmar o efeito direto das disposições dos *Tratados*, proibindo a atuação dos Estados-membros na pendência de um processo de revisão de propostas de auxílios de Estado, não precisando o órgão jurisdicional nacional de aguardar pela decisão da Comissão para proteger os interesses dos nacionais desse Estado-membro.

Estava em causa a aplicação de legislação que previa a atribuição de auxílios de Estado para atrair investimento em certas regiões da República Federal da Alemanha. Acontece que, à data, por força do Artigo 93.º n.º 3 do TCEE (Artigo 108.º n.º 3 TFUE), os Estado-membros encontravam-se obrigados a notificar a Comissão das suas pretensões nessa matéria, de modo a determinar da adequação dos eventuais auxílios de Estado com os

⁷ Sendo que os acórdãos *Van Duyn* (TJUE, Proc. 41/74, 1974), *Marshall* (TJUE, Proc. 152/84, 1986), *Marleasing* (TJUE, Proc. C-106/89, 1986), *El Corte Inglés v. Cristina Rivero* (TJUE, Proc. C-192/94, 1996) *Scarpelli* (TJUE, Proc. C-509/07, 2009), relativos às disposições das Diretivas. Relativamente às possibilidades em invocar diretamente as disposições das Decisões do Conselho *vide Grad* (TJUE, Proc. 9/70, 1970), e *Leonesio* (TJUE, Proc. 93/71, 1972) relativamente aos Regulamentos.

objetivos do mercado único, mantendo-se uma proibição de implementar qualquer medida pretendida até decisão final por parte da Comissão. O Tribunal Administrativo de Frankfurt (*Verwaltungsgericht Frankfurt am Main*), órgão jurisdicional nacional para efeitos do artigo 177.º TCEE (267.º TFUE), pretendia saber se, na pendência desse mesmo período decisório, poderiam os particulares invocar o artigo 93.º TCEE (Artigo 108.º TFUE), de modo a combater uma eventual decisão de recusa de atribuição do auxílio de estado em questão.

Em resposta a esta questão, conforme explica o TJUE, o «*carácter imediatamente aplicável*» da proibição decorrente do direito Comunitário, «*alarga-se a todo o período ao qual se aplica*» – não obstante a pendência da decisão –, possuindo «*efeito imediato e cria[ndo], a favor dos particulares, direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger*». Nesse sentido, proferiu a seguinte resposta:

«*O efeito directo da proibição de o Estado-membro interessado pôr em execução as medidas de auxílio projectadas abrange todo e qualquer auxílio que tenha sido posto em execução sem ser notificado e, em caso de notificação, produz-se durante a fase preliminar e, se a Comissão der efeito contraditório, até à decisão final. Em relação a todo este período, aquela proibição cria a favor dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger.*» (TJUE, Proc. 120/73, 1973, dec. 3).

Nessa mesma decisão, o Tribunal de Justiça também se pronunciou relativamente aos meios através dos quais os órgãos jurisdicionais nacionais devem dar cumprimento às disposições dotadas de efeito direto, remetendo, todavia, as condições dessa mesma aplicação ao ordenamento jurídico de cada Estado-membro. Esta resposta é devida à solicitação do tribunal nacional sobre qual a forma relevante – *invalidade* ou *inaplicabilidade* – a ser determinada ao ato nacional em virtude da sua incompatibilidade com o procedimento de fiscalização programa de auxílios de Estado por parte da Comissão.

«*Se o efeito directo do último período do artigo 93.º obriga os órgãos jurisdicionais nacionais a aplicar aquela disposição sem que lhe possam ser opostas normas de direito nacional, qualquer que seja a sua natureza, compete todavia à ordem jurídica interna de cada Estado-membro determinar o procedimento jurídico que conduza a tal resultado*» (TJUE, Proc. 120/73, 1973, cons. 9).

Volvido cerca de um ano após a decisão anterior, o TJUE teve a oportunidade de alargar o âmbito subjetivo do efeito direto relativo às pessoas contra quem as normas dos

Tratados poderiam ser invocadas, ou seja, às relações entre particulares. Será no processo *Walrave* (TJUE, Proc. 36/74, 1974) que esta questão surge pela primeira vez na jurisprudência do Tribunal de Justiça, desenvolvendo o que se apelida de *efeito direto horizontal* das disposições dos Tratados, desde que as mesmas continuem a respeitar os requisitos gerais do efeito direto – que estas revistam clareza, precisão e incondicionalidade.

Estava em causa um preceito do regulamento da *Association Union Cycliste International* que proibia que, em provas ciclistas, os batedores em motorizada fossem da mesma nacionalidade dos ciclistas. Os batedores profissionais pugnavam pela incompatibilidade do regulamento com o artigo 7.º, 48.º e 59.º TCEE (18.º, 45.º e 56.º TFUE), dado que, a seu ver, estariam perante uma discriminação em razão da nacionalidade, limitando a sua liberdade de estabelecimento no território de outro Estado-membro.

Identificando-se desde já uma questão de efeito direito, o qual apenas contemplava até então as relações entre os particulares e os Estados-membros, levantou-se previsivelmente o problema de os destinatários das obrigações impostas pelo Tratado serem, *regra geral*, os próprios Estados-membros. Com efeito, a ideia de que a proibição de discriminações em razão da nacionalidade apenas se poderia impor às autoridades públicas – e não a associações ou pessoas de direito privado – era colocada em causa ao se admitir que essas mesmas proibições possam ser invocadas contra estes últimos. Ora, o Tribunal vai defender que a proibição de discriminação em razão da nacionalidade não vincula somente as autoridades públicas mas também as entidades privadas, quando à seleção de trabalhadores ou na prestação de serviços.

Como explica o Tribunal de Justiça, *Walrave* não estava errado na pretensão colocada perante o tribunal nacional:

«A proibição desta discriminação impõe-se não apenas à actuação das autoridades públicas, mas abrange também as regulamentações de outra natureza, destinadas a disciplinar, de forma colectiva, o trabalho assalariado e as prestações de serviços» (TJUE, Proc. 36/74, 1974, cons. 17).

Além do mais, na ausência de *efeito direto* do artigo 59.º TCEE (56.º TFUE) nas relações horizontais, os «*objectivos fundamentais da Comunidade, enunciados no artigo 3.º, alínea c), do Tratado*» seriam votados à ineficácia, bastando invocar a «*autonomia jurídica das associações ou organismos de direito privado*» para «*neutralizar*» as barreiras à liberdade de estabelecimento, entre outras (TJUE, Proc. 36/74, 1974, cons. 18). Para esse

fim, em sede de decisão prejudicial nos termos do artigo 177.º TCEE (267.º TFUE), o Tribunal estabeleceu o seguinte:

«O artigo 59.º, primeiro parágrafo, cria, em qualquer caso, na medida em que se destina a eliminar qualquer discriminação com base na nacionalidade, e a partir do final do período de transição, na esfera jurídica dos particulares, direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger» (TJUE, Proc. 36/74, 1974, cons. 34).

A modalidade horizontal do efeito direto das disposições dos Tratados é finalmente confirmada em absoluto em *Defrenne 2* (TJUE, Proc. 43/75, 1976), que opunha *Gabrielle Defrenne* à companhia aérea belga SABENA. Mais uma vez, encontramos-nos perante a *expansão horizontal* do efeito direto, visando os particulares como sujeitos passivos de obrigações, *in casu*, de abstenção, impostas pelo direito da União.

Atente-se aos factos: *Gabrielle Defrenne* trabalhara como hospedeira de bordo na SABENA até perfazer os seus 40 anos de idade, data na qual, por força de uma cláusula contida no contrato de trabalho, que previa a extinção do vínculo contratual para as mulheres no seu quadragésimo aniversário, fora dispensada de funções pela sua entidade empregadora. A atuação da SABENA encontrava-se de acordo com o Decreto Real (Bélgica) de 3 de novembro 1969, que estabelecia as regras de atribuição de pensões aos trabalhadores da aviação civil, sendo que o regime existente previa para os trabalhadores masculinos a possibilidade de se reformarem quinze anos mais tarde, para além de conseguirem auferir um valor elevado no que respeita à pensões após a idade de reforma.

Não conformada com a eventual perda de salário, a indemnização com fundamento na extinção do contrato de trabalho e o subsídio atribuído, *Defrenne* recorreu para o *Tribunal du travail* de Bruxelas⁸ peticionando as quantias relativas aos factos acima, pedido que foi considerado improcedente e que motivou um recurso, em sede de apelação, para a *Quatrième Chambre B* da *Cour du Travail*. A pretensão de *Defrenne* prendia-se com a regra contida no artigo 119.º n.º 1 do TCEE (157.º n.º 1 TFUE), que determinava, na sua forma original que «[o]s Estados-membros assegurarão, durante a primeira etapa, e subsequentemente, a

⁸ Embora não sendo diretamente relevante para o estudo da modalidade *horizontal* do *efeito direto* atribuído às disposições dos Tratados, devemos referir que *Defrenne* também recorreu para o *Conseil d'Etat* belga em 1971, tentando impugnar a sua pensão de reforma, com fundamento na discriminação em razão de género. Esta lógica ligaria a pensão que auferia à discriminação da qual foi vítima nas mãos do anterior empregador, dando lugar a um reenvio prejudicial e posteriormente à decisão *Defrenne 1* no qual o TJUE determinou que «[u]ma pensão de reforma instituída no âmbito de um regime legal de segurança social não constitui uma regalia paga indirectamente pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego desde último, nos termos do artigo 119.º do Tratado CEE» (TJUE, Proc. n.º 80/70, 1971, cons. 13).

aplicação do princípio de igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual»⁹. A instância de apelação, olhando para a diferença nos salários, em razão do género, praticada pela SABENA (uma entidade privada), decidiu colocar as seguintes questões prejudiciais perante o TJUE:

«O artigo 119.º do Tratado de Roma cria ele próprio, directamente, no direito interno de cada Estado-membro, o princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores do sexo masculino e trabalhadores do sexo feminino para o mesmo trabalho e constitui imediatamente, independentemente de qualquer texto nacional, o direito de os trabalhadores intentarem uma ação judicial nos órgãos jurisdicionais nacionais para fazer respeitar esse princípio?» (TJUE, Proc. 43/75, 1976, cons. 4).

Ou seja, no nosso entender, o problema que se colocou prender-se-ia com duas questões de fundo: (i) a expansão do âmbito de aplicação do artigo 119.º, para além da implementação estatal, sendo diretamente invocável perante os órgãos jurisdicionais nacionais, o que implicaria necessariamente o que dissemos anteriormente e (ii) a atribuição do efeito direto aos preceitos dos Tratados nas relações horizontais, contra outros particulares.

Não obstante a previsão normativa – que entrega nas mãos dos Estados-membros a aplicação do *princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos*¹⁰ o Tribunal de Justiça considerou que, por um lado, «o facto de certas disposições do Tratado serem formalmente dirigidos aos Estados-membros não exclui que possam ao mesmo tempo ser atribuídos direitos a qualquer particular interessado no cumprimento das obrigações assim definidas», e por outro, o cumprimento por apenas parte dos Estados-membros não excluiria a exigibilidade das obrigações contidas nas disposições do TCEE, sob pena de ilegalidade na interpretação dos preceitos (TJUE, Proc. 43/75, 1976, cons. 31) Da *ratio decidendi* do TJUE também resulta que o «caráter imperativo», nomeadamente a imposição da *proibição de discriminações entre trabalhadores do sexo masculino e trabalhadores do sexo feminino*» sobre as convenções destinadas a regular coletivamente as

⁹ Atualmente, o artigo 157.º n.º 1 do TFUE possui a seguinte redação: «Os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual».

¹⁰ CHICHOWSKI (2004: 15) narra que, «[u]ntil the late 1960s, not one national government had undertaken domestic policy changes to implement article 141». (Por artigo 141.º quer a autora referir-se ao 119.º TCEE-Amsterdão). Ou seja, conforme indicamos mais acima, a implementação de políticas de integração-chave para o desenvolvimento da União, muitas vezes quando deixada à atuação estadual tende a ser largamente ineficaz.

relações laborais assalariadas – inclusive os «*contratos entre os particulares*» – determina a imperatividade do artigo 119.º TCEE (157.º TFUE) perante os mesmos:

«*O princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores do sexo masculino e feminino estabelecido no artigo 119.º é susceptível de ser invocado perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Estes devem assegurar a proteção dos direitos que aquela disposição confere aos particulares, designadamente no caso de discriminações que encontram directamente a sua origem em disposições legislativas ou convenções colectivas de trabalho, bem como em casos de remuneração desigual de trabalhadores do sexo masculino e feminino por trabalho igual, quando este é desenvolvido no mesmo estabelecimento ou serviço, público ou privado*» (TJUE, Proc. 43/75, 1976, cons. 40).

Não obstante o entendimento de parte da doutrina, por exemplo, SWEET *et al.* (1998: 91), de que a importância desta decisão terá sido a de criar as condições necessárias para a efetiva implementação do artigo 119.º TCEE (157.º TFUE) e não a de consagrar uma modalidade horizontal do efeito direito dos Tratados em contornos absolutos, a verdade é que, como acabamos de demonstrar em *Defrenne*, confirma-se a modalidade horizontal do efeito direto das disposições dos Tratados.

b) Regulamentos

Regra geral, as disposições dos Regulamentos possuem efeito direito (DASHWOOD, 1977: 239 e FISHER, 1992: 14), o qual não deve ser confundido com a aplicabilidade direta que é característica destes. A explicação dada por FISHER (1992: 14) resume de forma excelente o argumento anterior: «*even though one might expect that a regulation is normally directly effective because it can create a binding legal obligation by imposing a new legal relationship between the legal persons subject to that regulation, it is still necessary for the Court to evaluate the direct effectiveness of any given regulation before an individual can rely upon that regulation in proceedings before a national court*». Isto é, é possível existirem um conjunto de disposições de Regulamentos que não criam direitos para os particulares, como explicou o Advogado-Geral WARNER (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. 131/79, 1980: 1608) «*todas as disposições de todos os regulamentos são diretamente aplicáveis, mas nem todas as disposições de todos os regulamentos têm efeito direto*»¹¹.

¹¹ NT (da versão em língua inglesa): «*every provision of every regulation is directly applicable, but not every provision of every regulation has direct effect*».

Um caso em que o TJUE declarou o efeito direto dos regulamentos foi *Leonesio* (TJUE, Proc. 93/71, 1972), embora tenha extraído esse mesmo efeito direto do artigo 189.º TCEE (288.º TFUE) indicando que:

«[o]s regulamentos comunitários, para se imporem com a mesma força em relação aos nacionais de todos os Estados-membros, integram-se no sistema jurídico aplicável no território nacional, que deve deixar exercer-se o efeito directo prescrito no artigo 189.º, de tal maneira que os particulares possam invoca-los sem que lhes sejam oponíveis disposições ou práticas da ordem interna» (TJUE, Proc. 93/71, 1972, cons. 22).

A atribuição de efeito direito aos Regulamentos terá sido motivada pela preocupação com a aplicação do direito da União, conforme explica CRAIG (1992: 471), no contexto dos regulamentos, o efeito direto, para além da aplicabilidade direta como característica inerente aos mesmos, existe para assegurar os direitos dos particulares «*but also that the very content of the norm should not be altered by the Member State*».

c) Diretivas

Estando estabelecido o efeito direto das disposições dos Tratados, quer na sua vertente vertical, quer horizontal, resta a questão da possibilidade de atribuir esse mesmo efeito às Diretivas. Na verdade, conforme indica GORJÃO-HENRIQUES (2019: 357), «*o princípio do efeito directo foi afirmado em relação aos Regulamentos, às Directivas e às Decisões. Contudo em relação às directivas, o Tribunal de Justiça efectuou uma distinção fundamental, já presente noutras situações, entre duas modalidades do efeito directo: vertical ou horizontal*».

Como já tivemos a oportunidade de ver¹², as Diretivas integram uma categoria específica de direito derivado da União, que, por força do artigo 288.º TFUE, «*vinculam o Estado-membro destinatário quando ao resultado a avançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios*». Esta particularidade permite adaptar a legislação a implementar aos «*particularismos nacionais deixando aos Estados-membros uma certa margem de liberdade...*» (Mota de CAMPOS *et al.*, 2010: 325), permitindo aos Estados-membros atender ao específico *statu-quo* nacional na adaptação às regras de harmonização contidas nas diretivas. Para esse fim, como já tivemos a

¹² Vide Cap. 1.5.3. b) β).

oportunidade de afirmar, as diretivas tornam-se parte do ordenamento jurídico dos Estados-membros – os destinatários das diretivas – através de um ato de transposição por parte dos órgãos legislativos do mesmo. Essa característica essencial da Diretiva – terem como destinatários os Estados-membros e não os particulares – marcou décadas de debate jurisprudencial e doutrinário relativamente à possibilidade de as mesmas serem passíveis de ser invocadas pelos particulares, em caso de falta ou défice de transposição, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, nos mesmos moldes previstos para as disposições dos Tratados e dos regulamentos.

Na saga jurisprudencial para a determinação do *efeito direito* das disposições das diretivas encontramos a decisão *Van Duyn* (TJUE, Proc. 41/74, 1974), precursor de todo o debate em volta desta possibilidade. Acontece que a partir de 1964, com a entrada em vigor da Diretiva 64/221/CEE do Conselho¹³, relativa à coordenação de medidas especiais destinadas a estrangeiros em matéria de deslocação e estadia, justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, os cidadãos dos Estados-membros poder-se-iam ver, à data, ser-lhes negada a entrada no território de outro Estado-membro com fundamento nessas razões. No entanto, de modo a tomar essa decisão de recusa, as autoridades do Estado-membro apenas poderiam ter em conta o «*comportamento pessoal do indivíduo em causa*».

No caso concreto, Yvonne Van Duyn, cidadã dos Países-Baixos, desempenhava funções na secretaria de uma seita religiosa tida como «*socialmente nociva*» e considerada indesejada pelo Governo britânico, que, a 25 de julho de 1968, declarou perante a Câmara dos Comuns que todos os pedidos de vistos para fins de trabalho junto daquela instituição seriam negados por força da secção 4 (1) do *Immigration Act 1971* e da *Rule 65 of the Immigration Rules for Control of Entry*.

Esta regra determinava que, salvo exceções, qualquer passageiro podia ver-lhe ser negada a entrada no Reino Unido com fundamento em razões de ordem pública, quando: «*a) o secretário de Estado assim ordene pessoalmente, ou b) da informação disponível para o agente de imigração, será correta a recusa de entrada com base nesses fundamentos – se, por exemplo, dada a personalidade, comportamento ou associações do passageiro, seja indesejável permitir a sua entrada*» (TJUE, Proc. 41/74, 1974: 1340)¹⁴. Van Duyn havia

¹³ Entretanto revogada pela Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Abril 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros.

¹⁴ NT (da versão em língua inglesa): «*a) the secretary of State has personally so directed, or b) from information available to the Immigration Officer it seems right to refuse leave to enter on that grounds – if, for*

sido convidada para exercer as mesmas funções na estrutura britânica pertencente à seita acima descrita e, como tal, durante a apreciação do pedido de entrada no Reino Unido, foi-lhe negada entrada no território britânico, com fundamento em razões de ordem pública, através da sua associação à instituição considerada como lesiva da mesma.

Não conformada, Van Duyn recorreu junto da Divisão de Chancelaria do Tribunal Superior de Justiça (*Chancery Division of the High Court of Justice*), fundamentando-se essencialmente num ponto comum: que a atuação do Estado britânico violava o artigo 48.º do TCEE, o Regulamento 1612/68 e por fim – importante para a presente exposição – o artigo 3.º da Diretiva 64/221/CEE que não haveria sido adotado pelas autoridades do Estado-membro. Não obstante o já conhecido *efeito direto* das disposições dos Tratados e dos Regulamentos, o *High Court*, na dúvida sobre o *efeito direto* das disposições das Diretivas, procedeu a reenvio prejudicial questionando o Tribunal de Justiça, quanto a saber se:

«O artigo 48.º do Tratado CEE é directamente aplicável, no sentido de conferir aos particulares direitos que estes podem invocar em juízo num Estado-membro? (...) A Directiva do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1964 (64/221/CEE), para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, é directamente aplicável, no sentido de conferir aos particulares direitos que estes podem invocar em juízo num Estado-membro? (...)» (TJUE, Proc. 41/74, 1974, cons. 4 e 9).

Com efeito, o *High Court* britânico pretendia saber se, sendo os Estados-membros os destinatários imediatos das diretivas e das obrigações de resultado nelas contidas, poderão os nacionais desses Estados invocar as disposições das mesmas perante os tribunais nacionais, de modo a protegem os direitos que lhes são atribuídos pelas mesmas?

O TJUE invocou inicialmente uma lógica que parece fugir à necessidade de fundamentar a atribuição de efeito direto às diretivas, dado que estas dele carecem na leitura do 189.º TCEE (288.º TFUE), indicando simplesmente que, não obstante a ausência da *aplicabilidade direta* reconhecida às diretivas, «*dai não resulta que por outras categorias*

exemple. In the light of the passenger's character, conduct or associations it is undesirable to give him leave to enter».

de actos referidos neste artigo nunca possam produzir efeitos análogos» (TJUE, Proc. 41/74, 1974, cons. 12)¹⁵.

Aliás, como explica o TJUE, em sede de apreciação judicial dos elementos necessários à boa decisão das causas, a proteção dos direitos atribuídos aos particulares pelo direito da União ficaria diminuída, se estes não as pudessem invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Com efeito, a obrigação que é, por um lado, imposta diretamente pela diretiva aos Estados-membros, e que parece separar-se da necessidade de implementação, não obstante a existência desta, e, por outro lado, a compreensão das Diretivas como “*actos das instituições*”, segundo artigo 177.º TCEE (267.º TFUE), parece significar, nas palavras do Tribunal, que «*esses actos podem ser invocados pelos particulares*». Nesse sentido, profere a seguinte decisão prejudicial:

«O artigo 48.º do Tratado CEE tem efeito directo nas ordens jurídicas dos Estados-membros e confere aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais devem salvaguardar (...) O artigo 3.º, n.º 1 da Directiva 64/221 do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, confere aos particulares direitos que esses podem invocar em juízo e que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar» (TJUE, Proc. 41/74, 1974, dec. 1 e 2).

Portanto, com a decisão *Van Duyn*, passam os particulares a conseguir invocar disposições das diretivas nas *relações particular-Estado*. No entanto, relembramos que a diretiva é por natureza um instrumento legislativo diferente, quer do direito originário possuidor de *efeito direto* – os Tratados – quer do restante direito derivado *diretamente aplicável* – os regulamentos. Desta senda, dada a necessidade de transposição das diretivas como elemento essencial à sua produção de efeitos na ordem interna, levanta-se a questão

¹⁵ Com imenso relevo no âmbito da discussão *aplicabilidade direta vs. efeito direto*. É um raciocínio a favor da distinção dos conceitos, quer isto dizer, dada a leitura do artigo 288.º TFUE, que apenas menciona a aplicabilidade direta dos Regulamentos, nada parece impedir, se considerarmos que efeito direto é um conceito diferente, que o mesmo seja aplicável às diretivas independentemente da ausência de aplicabilidade direta das mesmas (JOHANSSON & LINDSTRÖM, 2017: 10). Por sua vez, COPPEL (1994: 860, nota 8) explica que a atribuição de efeito direto às disposições das diretivas surge como uma forma prática de se alcançar o «*effective enforcement*» que ultrapassa a mera atribuição de efeitos vinculativos às mesmas. Para além disso, é claramente perceptível a reiterada falta de vontade dos Estados: «*the political will is lacking and the Treaty mechanisms for the supervision and enforcement Community obligations are lacking*» (COPPEL, 1994: 860, nota 8).

sobre a *conjugação desta obrigação que incumbe os Estados-membros e o consagrado efeito direto* das disposições das mesmas.

A resposta a esta questão surge na decisão *Ratti* (TJUE, Proc. 148/78, 1979), onde cumpria saber como conjugar a necessidade de transposição das Diretivas e o efeito direto das disposições contidas nas mesmas. Estava em causa uma empresa italiana que se dedicava à exportação de produtos químicos, sendo que, no âmbito dessa atividade, preparou uma encomenda em observação dos requisitos contidos nas diretivas 73/173/CEE e 77/728/CEE do Conselho. Acontece que as diretivas em causa ainda não tinham sido transpostas para o ordenamento jurídico italiano, pelo que o gestor da empresa, Tullio Ratti, viu ser instaurado um procedimento criminal contra si pelo Ministério Público italiano (*Pubblico Ministero*) com fundamento na violação da Lei 245 ainda em vigor.

Dado que Ratti alegou ter observado o direito da União aplicável, o Tribunal Penal de Milão (*Pretura Penale di Milano*) decidiu proceder a reenvio prejudicial, colocando ao TJUE cinco questões prejudiciais, entre as quais se retiram as mais relevantes:

«*A Diretiva do Conselho 73/173/EEC de 4 de junho 1973, em particular o seu artigo 8, constitui legislação diretamente aplicável, conferindo aos indivíduos direitos pessoais que os tribunais nacionais devem proteger? (...) A Diretiva do Conselho 77/728/EEC de 7 de novembro 1977, em particular o artigo 9, é imediatamente e diretamente aplicável no que respeita às obrigações impostas aos Estados-Membros, de se absterem de qualquer ação a partir da data de notificação daquela diretiva, no caso em que um indivíduo, agindo com base numa expectativa legítima, respeitou as disposições da mesma antes do decorrer do prazo em que o Estado-Membro deve dar cumprimento à diretiva?» (TJUE, Proc. 148/78, 1979: 1633)¹⁶.*

A possibilidade de invocar em juízo as disposições de Diretivas *não-transpostas*, e antes do decorrer do prazo legalmente imposto para a sua transposição, teria sido a dúvida principal aqui colocada. É preciso ter aqui em conta que o prazo para transposição da

¹⁶ NT (da versão em língua inglesa): «*Does Council Directive 73/173/EEC of 4 June 1973, in particular Article 8 thereof, constitute directly applicable legislation conferring upon individuals personal rights which the national courts must protect? (...) Is Council Directive 77/728/EEC of 7 November 1977, in particular Article 9 thereof, immediately and directly applicable with regard to the obligations imposed on Member States to refrain from action from the date of notification of that directive in a case where a person, acting upon a legitimate expectation, has complied with the provisions of that directive before expiry of the period within which the Member State must comply with the said directive?».*

Diretiva 73/173/CEE terminaria 18 meses depois da notificação de entrada em vigor da mesma.

Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça em *Van Duyn* (TJUE, Proc. 41/74, 1974), que permite a invocabilidade em juízo de disposições das diretivas, acrescido da lógica que proíbe os Estados-membros de se fundamentarem em legislação que ainda se mantém em vigor por virtude do seu incumprimento face ao direito da União¹⁷, vêm reforçar a necessidade de dar efeito direito às mesmas em sede de incumprimento da obrigação de transposição dos Estados-membros. Neste caso, se um particular cumprir com o normativo de uma Diretiva «*que não foi incorporada na ordem interna do Estado-membro incumpridor*»¹⁸ – encontrando-se prescrito o prazo de transposição da mesma, o tribunal nacional «*terá de impor esse pedido, se a obrigação em questão for incondicionada e suficientemente precisa*»¹⁹ (TJUE, Proc. 148/78, 1979: 1942).

Aqui se separa a resposta dada pelo Tribunal de Justiça às duas questões acima descritas, pois, se por um lado, o prazo para transposição da Diretiva 73/173/CEE já te teria decorrido, no caso da Diretiva 77/728/CEE, o Estado ainda estaria em tempo para implementar a obrigação contida nesta. Ora, não tendo decorrido o prazo de transposição, «*os Estados-membros mantêm a sua liberdade nesse âmbito*»²⁰, significando que neste ponto, teremos obrigatoriamente de nos remeter para a lógica dos destinatários da diretiva – perante quem a mesma impõe obrigações –, ou seja, os Estados-membros.

«Após o decorrer do prazo fixado para a implementação da diretiva, um Estado-Membro não pode aplicar o seu direito interno – mesmo que este preveja sanções penais – que ainda não foi adaptado em respeito à diretiva, a uma pessoa que respeitou os requisitos da diretiva (...). A Diretiva do Conselho 77/728/CEE de 7 de novembro 1977, em particular o seu artigo 9, não pode produzir, relativamente a qualquer indivíduo que respeitou as disposições da

¹⁷ O famoso *estoppel argument*, que visa impedir que os Estados-membro beneficiem como o seu próprio incumprimento, e que é visto como uma das razões fundamentais que justifica a modalidade *vertical* do *efeito direito* das Diretivas, para mais *Vide* JOHANSSON & LINDSTRÖM (2017). Como explica o TJUE: «*um Estado-membro que não adotou as regras de implementação requeridas por uma diretiva nos períodos determinados, não pode basear-se, contra os particulares, no seu próprio incumprimento das obrigações impostas pela diretiva*» (TJUE, Proc. 148/78, 1979: 1642). NT (da versão em língua inglesa): «*a Member State which has not adopted the implementing measures required by the directive in the prescribed periods may not rely, as against individuals, on its own failure to perform the obligations which the directive entails*».

¹⁸ NT (da versão em língua inglesa): «*not incorporated into the internal order of a defaulting Member State*».

¹⁹ NT (da versão em língua inglesa): «*must uphold that request if the obligation in question unconditional and sufficiently precise*».

²⁰ NT (da versão em língua inglesa): «*the Member States remain free in that field*».

mesma diretiva antes do decorrer do prazo de adaptação determinado para o Estado-Membro, qualquer efeito capaz de ser tido em consideração pelos tribunais nacionais» (TJUE, Proc. 148/78, 1979: 1646-1647)²¹.

Em suma, os particulares podem invocar as disposições das Diretivas não transpostas nas *relações verticais*, tal como havia sido estabelecido em *Van Duyn* (TJUE, Proc. 41/74, 1974) desde que: (i) estas respeitem os requisitos do efeito direto, previsto em *Van Gend & Loos* (TJUE, Proc. C-26/62, 1964), isto é, desde que sejam *claras, precisas e incondicionadas*, (ii) que criem direitos para os particulares e, por fim, (iii) que o seu *prazo de transposição tenha sido ultrapassado*. A justificação do efeito direto nessas circunstâncias apenas poderá ser encontrada na entrega da concretização dos objetivos da Diretiva – havendo omissão legislativa – aos órgãos jurisdicionais nacionais. Como explica David EDWARD (1998: 434): *«the identification of an obligation flowing from the directive which, once crystallized, the courts are not only entitled but bound to enforce»*.

No entanto, a saga do efeito direto das diretivas não acabaria aqui. Faltava colocar-se a questão relativamente à sua eventual modalidade *horizontal*, ou seja nas relações entre particulares, a qual ainda se discute na atualidade²². É facto em tudo assente, através da lógica seguida nos acórdãos acima analisados, que o destinatário específico deste tipo de ato legislativo da União são os Estados-membros, pelo que a sua obrigatoriedade relativamente aos particulares, antes da transposição, será sempre excluída (MARTINS, 2018: 214). No entanto a *«obrigação imposta pela Diretiva (...) vincula todas as autoridades do Estado-membro incluindo, no que concerne à sua jurisdição, os tribunais»*²³, também impõe a estes a obrigação de assegurar os efeitos da diretiva a transpor, na interpretação do direito interno

²¹ NT (da versão em língua inglesa): *«After the expiration of the period fixed for the implementation of a directive a Member State may not apply its internal law – even if it is provided with penal sanctions – which has not yet been adapted in compliance with the directive, to a person who has complied with the requirements of the directive; Council Directive 77/728/EEC of 7 November 1977, in particular Article 9 thereof, cannot bring about with respect to any individual who has complied with the provisions of the said directive before the expiration of the adaptation period prescribed for the Member State any effect capable of being taken into consideration by national courts»*.

²² Com efeito, parte da doutrina começou recentemente a separar a discussão do efeito direto horizontal das Diretivas em dois campos, 1) aquele do *efeito horizontal de substituição*, no entendimento estrito do que apontamos – a possibilidade de invocar disposições das *diretivas* no âmbito das relações entre particulares, relações estas cujo clausulado contratual seria fiscalizado de acordo com o direito que emana das Diretivas, *«EU law becomes a substitute for national (private law)»* (DE MOL, 2011: 110-111), e 2) o *efeito horizontal de exclusão*, que por sua vez, definir-se-á como a fiscalização da norma nacional que regula as relações contratuais entre privados, revestindo desta forma, a nosso ver, um carácter de fiscalização da conformidade da norma interna, ao que LEANEARTS & CORTHAUT (2012: 291), relembram que isso não é mais do que a definição de primado.

²³ NT (da versão em língua inglesa): *«obligation arising from a Directive (...) is binding on all the authorities of member states including, for matters within their jurisdiction, the courts»*.

existente – através do *princípio da interpretação conforme*, o que se retira da jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJUE, Proc. 14/83, 1984, cons. 26).

O primeiro processo em que foi discutida a diferenciação entre *efeito vertical* e *efeito horizontal* das diretivas foi *Marshall* (TJUE, Proc. 152/84, 1986), tendo o Tribunal de Justiça negado a atribuição deste efeito às relações entre os particulares, levando a uma reafirmação do princípio da interpretação conforme. Estaria em causa mais uma vez, uma questão de discriminação em razão de género; Marshall era uma trabalhadora do sexo feminino a cargo da administração dos serviços de saúde do Reino Unido e viu o seu contrato de trabalho terminar ao atingir os 62 anos de idade, não obstante desejar trabalhar até aos 65. A legislação em vigor à data, o *Social Security Act 1975*, no seu artigo 6.º n.º 4, permitia às mulheres atingir a idade de reforma aos 60, enquanto os homens atingiriam a mesma aos 65, sendo que era possível ao trabalhador escolher adiar a sua idade de reforma, se assim desejasse.

Todavia, a entidade empregadora da Sra. Marshall decidiu terminar o vínculo laboral, com fundamento no cumprimento do limite mínimo de anos para obtenção das pensões para as trabalhadoras do sexo feminino. Considerando existir uma violação da Diretiva 76/207/CEE do Conselho, ainda não transposta para o ordenamento interno, Marshall recorreu aos órgãos jurisdicionais nacionais, que por duas vezes lhe negaram provimento ao pedido, subindo o caso até à Corte de Apelação (*Court of Appeal*), que decidiu proceder a reenvio prejudicial, colocando ao TJUE as seguintes questões:

«*O facto de a administração recorrida ter despedido a recorrente depois de esta ter ultrapassado os 60 anos de idade, por aplicação da sua política geral e pela única razão de se tratar de uma mulher que atingira a idade normal de reforma para as mulheres, constitui uma discriminação proibida pela directiva relativa à igualdade de tratamento? (...) Em caso de resposta afirmativa à questão n.º 1, pode a recorrente – tendo em conta as circunstâncias do caso concreto – invocar perante os tribunais nacionais a directiva relativa à igualdade de tratamento apesar da incompatibilidade (se é que ela existe) entre a directiva e o artigo 6.º, n.º 4 do Sex Discrimination Act de 1975?» (TJUE, Proc. C-152/84, 1986, cons. 12).*

Nas suas observações junto do processo, o governo do Reino Unido argumentou que, sem prejuízo da possibilidade de invocar disposições das Diretivas nas *relações verticais*, ou seja, no eixo particular - Estado, *in casu* estar-se-ia, porém, perante uma entidade estadual

que agiria como um privado, pois, no seu entendimento, o Estado-empregador agiria despedido de vestes de *imperium*, pelo que «*nesta última qualidade, o Estado de maneira alguma se distinguiria de um empregador privado*» (TJUE, Proc. C-152/84, 1986, cons. 43). Este raciocínio parte de uma distinção feita à data entre os trabalhadores a cargo das autoridades sanitárias criadas pelos *National Health Services Act 1977 e 1980*, que assumem uma posição de funcionários da administração central do Estado e os trabalhadores da administração dos serviços de saúde, geridos pelas autoridades sanitárias, mas cujo vínculo não seria igual aos dos trabalhadores da administração central.

No seu *reasoning*, o TJUE argumenta que «*uma directiva não pode, por si só, criar obrigações a esfera jurídica de um particular e que uma disposição de uma directiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra tal pessoa*» (TJUE, Proc. C-152/84, 1986, cons. 48)²⁴. Cabia determinar se a entidade empregadora teria agido, na relação laboral com Marshall, como autoridade pública ou se, conforme argumentou o governo do Reino Unido, o teria feito a título privado. Essa lógica não foi aceite pelo Tribunal de Justiça, que remeteu a determinação da autoridade de saúde na qual Marshall trabalhara para a qualificação feita anteriormente pelo *Court of Appeal*, segundo a qual a entidade empregadora surgiria como autoridade pública.

Situando-se, portanto, a relação laboral no eixo *vertical* particular-Estado, o TJUE admitiu a invocabilidade em juízo da diretiva. Explica ainda que «*quando os particulares estão em condições de invocar uma directiva contra o Estado, podem fazê-lo qualquer que seja a qualidade em que aja este último – a de empregador ou a de autoridade pública. Num e noutro caso, deve-se, com efeito, evitar que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito comunitário*» (TJUE, Proc. C-152/84, 1986, cons. 49). Neste sentido, proferiu a seguinte decisão prejudicial:

²⁴ Esta *ratio* repetir-se-á no acórdão *Faccini Dori* (TJUE, Proc. C-91/92, 1994), no qual o TJUE considerou que «*alargar esta jurisprudência [efeito direto das diretivas] ao domínio das relações entre particulares equivaleria a reconhecer à Comunidade o poder de criar, com efeito imediato, deveres na esfera jurídica dos particulares quando ela só tem essa competência nas áreas em que lhe é atribuído o poder de adoptar regulamentos*» (TJUE, Proc. C-91/92, 1994, cons. 24). Tal afirmação parece aumentar a confusão relativamente à jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça, especialmente na que trata do *efeito vertical* das disposições das diretivas, pelo que se retira a ideia de que, assim sendo, a *Comunidade* teria o poder de criar, com o mesmo *efeito imediato*, direitos nas esferas jurídicas dos particulares fora da esfera dos Regulamentos – especialmente tendo em conta que em *Van Duyn* (TJUE, Proc. 41/74, 1974, cons. 12) o *efeito direto*, aparenta, na linguagem utilizada, ser meramente excepcional: «*daí não resulta que por outras categorias de actos referidos neste artigo nunca possam produzir efeitos análogos*». Se assumirmos que este poder da Comunidade não é meramente excepcional, então temos o Tribunal de Justiça a, paradoxalmente, atribuir efeito direto às Diretivas no eixo *vertical* particular-Estado (*criar direitos*), ao arpejo do artigo 288.º TFUE, enquanto ao mesmo tempo nega-se atribuir o mesmo *efeito direto* no eixo *horizontal* particular-particular (*criar deveres*), com fundamento na letra do Tratado. Para um maior aprofundamento sobre este tema *vide* COPPEL (1994).

«O artigo 5.º n.º 1 da Directiva 76/207 deve ser interpretado no sentido de que uma política geral de despedimentos que implica o despedimento de uma mulher pela única razão de ter atingido ou ultrapassado a idade em que adquire o direito a uma pensão estatal – idade que é diferente para homens e para as mulheres por força da legislação nacional – constitui uma discriminação em razão do sexo proibida por esta directiva. (...) O artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 76/207 do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à proibição de qualquer discriminação em razão do sexo no que respeita às condições de trabalho, nelas se incluindo as condições de despedimento, pode ser invocada contra uma autoridade estatal que age na qualidade de empregador para afastar a aplicação de qualquer disposição nacional não conforme ao referido artigo 5.º, n.º 1» (TJUE, Proc. C-152/84, 1986, cons. 56).

Em perspetiva, com a decisão proferida em *Marshall*, o Tribunal de Justiça conseguiu manter um equilíbrio assaz delicado entre o objetivo de atribuir a maior efetividade possível às disposições das diretivas, e a já fragilizada – fruto da sua jurisprudência anterior – distinção entre os regulamentos e aquelas, presente no artigo 288.º TFUE (DASHWOOD, 2007: 82). Este equilíbrio acabou por ser solidificado, poucos anos depois, com a doutrina do *efeito indireto*, ou seja, a tentativa de conferir a maior eficácia possível ao normativo emanado pelas diretivas no âmbito das *relações horizontais* sem, todavia, lhes atribuir efeito direto²⁵.

Foi no âmbito da decisão *Marleasing* (TJUE, Proc. C-106/89, 1990), num litígio entre sociedade espanhola do mesmo nome e a *La Comercial Internacional de Alimentación SA.*, onde a requerente *Marleasing SA.* requereu que, com fundamento no direito nacional espanhol que determina invalidade contratual das sociedades sem causa jurídica, fosse anulado o contrato de sociedade na origem da *La Comercial*. Por sua vez, esta sociedade comercial invocou a Diretiva 61/151/CEE do Conselho, que no seu artigo 11.º elenca taxativamente os casos em que os contratos de sociedade são inválidos, não estando presente a referida causa prevista no direito nacional. Estando mais uma vez o prazo de obrigação de transposição ultrapassado, o 1.º Juízo de Primeira Instância e de Instrução de Oviedo

²⁵ No âmbito das relações situadas no eixo *particular-particular*, a doutrina do *efeito indireto* é compreendida como uma ação de *harmonious interpretation* (HARTKAMP, 2010: 537). Esta pode ser também utilizada para disposições dos Tratados nos casos em que estas não produzem *efeito direito*. (HARTKAMP, 2010: 536).

(*Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Oviedo*), introduziu a seguinte questão prejudicial:

«*O artigo 11.º da Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, que não foi transposta para o direito interno, é directamente aplicável para impedir a declaração de invalidade de uma sociedade anónima fundada numa causa diferente das enumeradas no citado artigo?*» (TJUE, Proc. C-106/89, 1990, cons. 4).

Na sua resposta, o TJUE relembra a posição apresentada em *Marshall*, de que «*uma directiva não pode, por si própria, criar obrigações na esfera de um particular*», o que determina, por sua vez, que esta não poderá ser invocada contra essa pessoa (TJUE, Proc. C-152/84, 1986, cons. 48). No entanto, aludindo à ideia segundo a qual a obrigação de resultado imposto pelas diretivas incumbe aos Estados-membros, no sentido de «*tomar[em] todas as medidas gerais ou especiais adequadas assegurar a execução dessa obrigação*» (TJUE, Proc. C-106/89, 1990, cons. 8)²⁶, a disposição da diretiva em causa proibiria os Estados-membros de interpretar o direito nacional num sentido incompatível com aquele que se retiradaquela.

Reforça-se, assim, a ideia anteriormente apresentada em *Von Colson*, segundo a qual também os órgãos jurisdicionais nacionais, como entidades públicas inseridas na organização do Estado-membro, devem contribuir para a concretização dos objetivos da diretiva, independentemente do facto de que não lhes cabe legislar – através do ato de transposição. Esta obrigação reduzir-se-á, no caso dos tribunais, à sua função própria de interpretação do único corpo legislativo aplicável *in casu* – o direito nacional – em conformidade com o sentido jurídico retirado dos objetivos da diretiva.

«*O juiz nacional a quem é submetido um litígio em matéria abrangida pela Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade, deve interpretar o direito nacional à luz do texto e da finalidade desta directiva para impedir a declaração de*

²⁶ Esta *ratio* é estabelecida pela primeira vez no acórdão *Von Colson e Kamman* (TJUE, Proc. 14/83, 1984, cons. 26), no qual o Tribunal de Justiça estabeleceu que NT: «*[a]s obrigações dos Estados membros de obter o resultado indicado pela diretiva e os seus deveres nos termos do Artigo 5 do Tratado para adotar todas as medidas apropriadas, gerais ou específicas, para assegurar o cumprimento dessa obrigação, é vinculativa em todas as autoridades dos Estados-membros incluindo, nos assuntos sob a sua jurisdição, os tribunais*».

invalidade de uma sociedade anónima por um fundamento diferente dos enumerados no seu artigo 11.º» (TJUE, Proc. C-106/89, 1990, cons. 13).

Sobre esta solução torna-se necessário tecer duas considerações. A primeira é que a solução apresentada não soluciona os casos em que não existe qualquer tipo de disposição interna que, a nível do direito privado, se destine a regular a relação privada entre os indivíduos. A segunda consideração prende-se com a natureza da norma nacional suscetível de interpretação harmoniosa com a diretiva. Como explica HARTKAMP (2010: 536), o efeito indireto horizontal impõe uma obrigação sobre os tribunais nacionais de usarem «*this method of interpretation whenever and to the extent possible*», a ser usado principalmente na «*national implementing legislation*».

Todavia, no caso em apreço, não estamos perante legislação que visa implementar a diretiva em causa, pois a mesma ainda não tinha sido transposta; na verdade estamos face a legislação anterior à diretiva. Neste caso, aponta HARTLEY (2014: 221), a solução apresentada pelo Tribunal de Justiça em *Marleasing* obriga a que o resultado pela Diretiva seja respeitado, sem prejuízo dessa interpretação estar ou não presente no direito interno a ser interpretado de acordo com aquela; «*[t]his however, would no longer constitute interpretation (...); it would create horizontal direct effect under another name...*» (HARTLEY, 2014: 221). Esta preocupação foi resolvida em larga medida pelo TJUE em *Faccini Dori* (TJUE, Proc. C-91/92, 1994), que estabelece que «*ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à diretiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva...*» (TJUE, Proc. 91/92, 1994, cons. 26)²⁷.

Por fim, a discussão relativamente ao efeito direto das diretivas chega ao seu atual estado através da problemática levantada na relação entre as decisões *El Corte Inglés v. Cristina Rivero* (TJUE, Proc. C-192/94, 1996) e *Scarpelli* (TJUE, Proc. C-509/07, 2009).²⁸ Ambos os processos remetem para a interpretação através de reenvio prejudicial da Diretiva

²⁷ Em todo o caso, quanto à impossibilidade de interpretar o direito nacional em conformidade com o disposto na Diretiva não transposta, o Tribunal de Justiça remete para a jurisprudência respeitante à responsabilidade do Estado na prática dos poderes legislativos com fundamento na falta de transposição das Diretivas fixada em *Franovich* (TJUE, Proc. C-6/90 e C- 90, 1991), acórdão que teremos oportunidade de analisar mais à frente.

²⁸ A articulação entre estes dois acórdãos é relevante também para a discussão do *overruling* do que fora estabelecido em decisões do Tribunal de Justiça, dada a aparente inexistência de elementos distintivos que justifiquem a alteração da *ratio decidendi* utilizada por este órgão jurisdicional nos dois acórdãos. Para mais sobre o tema, vide Oliveira e SOUSA (2017).

87/102/CEE do Conselho²⁹ relativa à aproximação das legislações em matéria de crédito ao consumo. Por ordem da semelhança a nível factual e no que respeita à questão prejudicial proferida pelos tribunais nacionais, analisaremos ambos os acórdãos em conjunto.

Em *El Corte Inglés v. Cristina Rivero* (TJUE, Proc. C-192/94, 1996), as partes no processo celebraram um contrato através do qual a Sra. Rivero viajaria com a agência de viagens do El Corte Inglés, o preço da viagem foi financiado através de uma instituição financeira com a qual a agência de viagens possuiria um acordo de exclusividade. Acontece que a agência de viagens não cumpriu a prestação da viagem acordada, o que levou Cristina Rivero a incumprir com o pagamento das prestações de crédito às quais se encontrava obrigada, sendo posteriormente intentado um processo em que foi pedido o pagamento coercivo das mesmas. Na sua oposição, Cristina Rivero contestou que não lhe havia sido prestado a viagem à qual a agência de viagens, com quem a instituição financeira teria acordo, se teria obrigado.

Admitindo que a instituição financeira poderia ser demandada juntamente com a outra parte no contrato de agência por força do artigo 11.º da Diretiva em questão, e que a mesma não teria sido transposta dentro do prazo, o Juízo de Primeira Instância de Sevilha (*Juzgado de Primera Instancia de Sevilla*) procedeu ao envio de uma única questão prejudicial na qual questiona o TJUE sobre o seguinte:

«O artigo 11.º da Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, não transposta para o direito nacional pelo Estado espanhol, é diretamente aplicável num caso em que o consumidor invoque, na contestação ao pedido do financiador, os defeitos do serviço prestado pelo prestador de serviços com o qual esse financiador tinha celebrado um acordo de financiamento exclusivo dos seus clientes?» (TJUE, Proc. C-192/94, 1996, cons. 9).

Por sua vez, em *Scarpelli* (TJUE, Proc. C-509/07, 2009) encontramos-nos perante um caso em quase tudo semelhante, opondo Luigi Scarpelli à NEOS Banca, entidade que sucedeu a Finemino SpA, a instituição financeira. O Sr. Scarpelli havia contraído um contrato de mútuo financeiro como forma de pagamento de um automóvel comprado a um

²⁹ Entretanto revogada pela Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores.

concessionário. Tal como em *El Corte Inglés v. Cristina Rivero*, o concessionário automóvel não cumpriu a sua obrigação de entregar o automóvel, o que levou Scarpelli a incumprir com o contrato de mútuo, sendo-lhe intentado um procedimento de injunção para pagamento do valor remanescente.

No âmbito do procedimento de injunção no processo civil italiano, tal como no ordenamento jurídico português, foi dada a oportunidade a Scarpelli de deduzir oposição à injunção, pelo que este fundamentou o seu incumprimento em razão do incumprimento da concessionária, exigindo ainda a devolução das prestações entretanto cumpridas, acrescidas de juros de mora à taxa legal. A NEOS Banca, adquirente do crédito pertencente à Finemino SpA, alegou no processo que, por força do artigo 11.º da Directiva 87/102/CEE do Conselho, o mutuante não seria responsável, pois não haveria nenhum acordo de exclusividade entre ele e a concessionária em causa. Com base nestes factos, e desconhecendo se um acordo de exclusividade seria necessário para que o consumidor pudesse demandar com sucesso o mutuante, o Tribunal de Bergamo (*Tribunale di Bergamo*), decidiu submeter ao TJUE a seguinte questão prejudicial:

«O Artigo 11.º, n.º 2 da Directiva 87/102 [...] deve ser interpretado no sentido de que o acordo entre o fornecedor e mutuante, nos termos do qual o crédito é posto exclusivamente pelo mutuante à disposição dos clientes do fornecedor, é pressuposto necessário do direito de o consumidor demandar o mutuante – em caso de incumprimento do fornecedor –, ainda que esse direito seja: a) apenas de resolução do contrato de financiamento; ou b) de resolução e de consequente restituição das quantias pagas ao mutuante?» (TJUE, Proc. C-509/07, 2009, cons. 18)

De ambas as questões colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais, consegue-se retirar um ponto essencial – a tentativa de atribuir efeito direto horizontal a uma disposição decorrente de uma diretiva. Veja-se que, não obstante a questão prejudicial seja de leitura mais clara em *El Corte Inglés v. Cristina Rivero*, a parte focada no efeito direto horizontal em *Scarpelli* está desde logo implicitamente inserida na pergunta do Tribunal de Bergamo. Onde se lê se [o] Artigo 11.º, n.º 2 da Directiva 87/102 [...] deve ser interpretado no sentido de que (...), consegue-se extrair uma expressão de vontade aplicativa, pelo que o tribunal nacional estará já a perguntar “como é que aplica?”, juntamente com um elemento de pressuposição anterior, que fará parte da mesma questão, ou seja – “será aplicável?”. É

importante, ainda, chamar à atenção que, neste último caso, a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, já havia sido transposta para o ordenamento jurídico italiano³⁰.

Estas duas decisões assumem imenso relevo, como dissemos, por causa da disparidade das soluções adotadas pelo TJUE.

Por um lado, em *El Corte Inglés v. Cristina Rivero* (TJUE, Proc. C-192/94, 1996), é claramente reiterado que o caráter vinculativo das diretivas só se aplica aos Estados-membros destinatários, e que «[I]mitando-se a impor à Comunidade um objetivo e atribuir-lhe competências», o artigo 129-A.º do TCE (169.º TFUE), por si só, não poderia fundamentar qualquer efeito direto de disposições não transpostas nas relações horizontais. A falta de proteção do consumidor lesado pela não-transposição da diretiva será resolvida, em última *ratio*, apontando-se para o instituto da responsabilidade dos Estados-membros.

Todavia, com *Scarpelli* (TJUE, Proc. C-509/07, 2009) a lógica utilizada pelo Tribunal de Justiça parece seguir um caminho absolutamente diferente, atribuindo efeito direto a uma disposição de uma diretiva, muito além do que seria a possível interpretação da disposição já transposta no direito nacional. O Tribunal de Justiça começa por admitir que o artigo 11.º da Diretiva, o qual permite aos particulares demandar uma instituição financeira, opera com base num conjunto pré-determinado de pressupostos, sendo um deles a relação de exclusividade entre o prestador de serviços e o mutuante, para logo de seguida determinar que este «*direito de acção previsto no artigo 11.º, n.º 2 da Directiva 87/102 constitui uma protecção adicional que esta confere ao consumidor face ao mutuante, a acrescer aos direitos de acção que já pode exercer com base nas disposições nacionais aplicáveis a qualquer relação contratual*» (TJUE, Proc. C-509/07, 2009, cons. 23), que a «*interpretação*

³⁰ A situação específica do ordenamento jurídico italiano consegue ser bastante curiosa, pois a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, no artigo 11.º b), previa que os consumidores poderiam demandar o mutuante por incumprimento de um prestador de serviços, se este e o mutuante tivessem celebrado um acordo de exclusividade. Esta solução deixaria desprotegidos muitos consumidores que se viriam impedidos de conseguir resolver contratos creditícios, bastando que, por exemplo, o prestador de serviços possuísse acordo com mais que uma instituição financeira. Todavia, isto não impedia, dada a natureza das Diretivas – a de estabelecer os requisitos mínimos de cumprimento por parte dos Estados-membros – que estes últimos concretizassem um grau de proteção mais elevado. A solução italiana originalmente decorria de uma decisão da Corte Suprema de Cassação (*Corte Suprema di Cassazione*), de 20 de janeiro de 1994 (CSdC, Proc. 474, 1994), que determinara, fundamentando-se na relação de *causalidade* entre a prestação de serviços e o contrato de mútuo financeiro, a possibilidade de demandar o mutuante, mesmo na inexistência de acordo de exclusividade. No entanto, com a transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico italiano, o direito nacional cumpria estritamente com os requisitos da Diretiva, pelo que inexistindo acordo de exclusividade, não seria possível demandar o mutuante. Ou seja, a questão prejudicial feita pelo Tribunal de Bergamo prendia-se então, com o saber se o artigo 2.º da Diretiva permitia aos particulares obterem uma proteção mais extensa do que a transposta para o ordenamento jurídico nacional – no caso de inexistência de um acordo de exclusividade, permitindo mesmo a recuperação das quantias já pagas. Para mais sobre a relevância desta decisão no regime contratual privado italiano *vide* WENDEHORST (2010).

do artigo 11.º da Directiva 87/102 está em conformidade com a natureza da harmonização efectuada» (TJUE, Proc. C-509/07, 2009, cons. 24) e que esta mesma diretiva «*não pode impedir os Estados-Membros de manterem ou adoptarem medidas mais estritas de proteção dos consumidores, impondo uma harmonização mínima em matéria de crédito ao consumo*» (TJUE, Proc. C-509/07, 2009, cons. 25).

Esta argumentação parece contrariar quase tudo o que conhecemos relativamente à impossibilidade de atribuir efeito direto às disposições das diretivas, pois se por um lado, o conteúdo mínimo obrigatório de harmonização do regime de proteção de consumidores obriga à existência de relação de exclusividade entre o prestador de serviços e mutuante, por outro lado *in casu* não existia qualquer medida de proteção mais estrita. Ao interpretar a diretiva para além daquilo que respeita ao conteúdo harmonizável – o direito nacional a transpor ou transposto – o Tribunal de Justiça está efetivamente a criar obrigações para os particulares. Assim, qualquer possibilidade de demandar o mutuante que exceda a relação de exclusividade só se poderá constituir como um efeito direto, *máxime* numa interpretação extensiva através do artigo 11.º da diretiva, daquilo que extravasa completamente o direito nacional pré-existente.

A transposição por parte do Estado-membro aparenta ter sido feita corretamente, o que, por sua vez, nos afasta de qualquer tipo de interpretação conforme decorrente de um hipotético *efeito indireto* a dar à norma contida na diretiva. Restar-nos-ia encarar *Scarpelli* como uma decisão, conforme aponta WENDEHORST (2010: 71), «*not only about the meaning of Article 11(2) of the Directive – or rather: of a hypothetical, directly applicable rule with the wording of Article 11(2); (...) the question referred to the CJEU by the Tribunale di Bernamo might be reformulated as follows: would the Directive, assuming it were directly applicable law, be interpreted as excluding or as allowing for concurrent claims under general contract law?*». Mas este pensamento não parece plasmar-se na decisão do Tribunal de Justiça, que interpreta o artigo 11.º da diretiva, como se possuidor de verdadeiro efeito direto – ou pressupondo a existência deste, ou ultrapassando por lapso de interpretação o direito nacional concretizador da obrigação, imposta aos Estados-membros, pela diretiva.

Em conclusão, ficamos com o seguinte *acquis* jurisprudencial quanto ao efeito direto: o efeito direto pode dar-se relativamente a disposições dos Tratados, quer nas relações verticais quer nas horizontais; relativamente às disposições dos regulamentos, nas mesmas condições; relativamente às *diretivas*, quando não transpostas e esgotado o prazo de transposição destas, ou em caso de má transposição, quanto às relações verticais, não sendo

ainda possível dar uma resposta definitiva, após décadas de discussão doutrinária – não obstante as soluções intermédias³¹ – relativamente a este efeito nas relações horizontais³².

2.3. A primazia do direito da União

2.3.1. A formulação jurisprudencial do princípio

O efeito direto é compreendido conjuntamente com a primazia do direito da União Europeia como um dos elementos que assegura a sua *eficácia interna* (Caramelo GOMES, 2009: 202). A primazia, que veremos de seguida, foi desenvolvida em paralelo com o efeito direto, visando entregar ao juiz nacional as ferramentas para assegurar, como indicámos, a eficácia interna do direito da União no ordenamento do Estados-membros.

Por princípio da *primazia* do direito da União Europeia – também conhecido por princípio do *primado* ou da *supremacia* em parte da doutrina anglo-saxónica³³ – compreende-se a seguinte regra de conflitos: em caso de colisão entre uma norma de direito nacional (interno) e uma norma de direito da União, será esta última a ser aplicada. O direito da União *prima* sobre o direito dos Estados-membros (QUADROS, 2013: 402-403). É esta a regra constitucional essencial do funcionamento de todo o ordenamento jurídico europeu, pois sem o primado da norma jurídica europeia, *diretamente invocável em juízo*, não se conseguiriam cumprir os objetivos de integração das comunidades (Caramelo GOMES, 2009: 227-228).

Na decisão *Costa v. ENEL* (TJUE, Proc. 6/64, 1964), jurisprudência crucial neste ponto, o TJUE apresenta duas razões essenciais para justificar a primazia das normas europeias sobre as normas nacionais. Em primeiro lugar, apresenta uma *ratio* teleológico-contratualista (CRAIG & DE BURCA, 2015: 268), isto é, a limitação dos poderes soberanos

³¹ Grande parte da defesa possível daquilo que se chama o efeito indireto – o que estabelece a obrigação do juiz nacional, em caso de má transposição das disposições das diretivas, interpretar o direito interno aplicável ao caso *no espírito* das normas comunitárias (TJUE, Proc. 14/83, 1984, cons.26, TJUE, Proc. C-106/89, 1990, cons. 8 e TJUE, Proc. 91/92/1994, cons. 26), cai em linha com o argumento da impossibilidade de atribuir *efeito direto horizontal*, tentando-se assim flanquear essa mesma impossibilidade através de uma interpretação visivelmente mais liberal que aquilo que se poderia enquadrar numa interpretação extensiva do direito interno dos Estados-membros.

³² Há que indicar por um lado, que nem todas as disposições das Diretivas serão diretamente invocáveis nas relações horizontais, dependendo da natureza da matéria contida nas mesmas. Para um maior desenvolvimento relativo à questão da invocabilidade em juízo das Diretivas em sede das relações no eixo particular-particular, ou seja, do efeito direto horizontal das disposições da Diretiva comunitária *vide* BORGES (2011).

³³ *Vide* a opinião de HARTLEY (2014: 227-229): «*This rule (...) applies irrespective of the nature of the Community provision (constitutive Treaty, Community act, or agreement with a non-member state) or that of the national provision (constitution, statute, or subordinate legislation); it also applies irrespective of whether the Community provision came before, or after, the national provision: in all cases the national provision must give way to Community Law*». Ainda sobre este tema, *vide* MARTINS (2006).

dos Estados-membros – através de transferência de soberania –, visando criar um corpo normativo autónomo aplicável no território desses Estados resultou, como indicou o TJUE, na criação de «*uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica (...), um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios*». Lança ainda mão sobre o espírito do Tratado, resultando «*[n]a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor*» (TJUE, Proc. n.º 6/64: 555). Em segundo lugar, o TJUE apoiou-se ainda num argumento de natureza funcional, considerando a primazia como uma condição de existência da própria União (PESCATORE, 1981: 619). Isto é, na ausência da primazia do direito da União, deixando ao critério dos Estados-membros a sua interpretação e aplicação, tanto os objetivos previstos nos Tratados, como a própria natureza jurídica da União seriam colocados em causa³⁴.

A esta argumentação sobre o valor normativo do direito da União constante em *Costa v. ENEL* ficou de fora, curiosamente, a questão dos casos de colisão entre o direito da União e o *direito constitucional dos Estados-membros*. Esta questão não ficou sem resposta durante muito tempo, porém, dado que em 1970 o Tribunal Administrativo de Frankfurt (*Verwaltungsgericht Frankfurt am Main*) remeteu para o TJUE um reenvio onde, entre outras questões, cumpria discernir se o regime de cauções previsto no Regulamento 120/67/CEE do Conselho e 473/67/CEE da Comissão, sendo abrangidos pela recém-afirmada primazia do direito comunitário, se imporia também sobre os princípios da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*). Mas foi em *Internationale Handelsgesellschaft* (TJUE, Proc. 11/70, 1970) que se levantou explicitamente a questão da primazia do direito da União sobre normas de valor constitucional dos Estados-membros. Com efeito, a resposta do TJUE àquela consideração aprofundou-se na lógica funcional apresentada em *Costa v. Enel*, isto é, esforçou-se por consolidar a ideia de que as normas comunitárias decorrem de um sistema autónomo, díspar e distinto, cuja eficácia não pode ser posta em causa, nem sequer pelas normas constitucionais dos Estados (DAVIES, 2017: 163).”

«*[A]o direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito*

³⁴ A questão vai ainda mais longe, pois, como explica o Tribunal de Justiça, «*a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objetivos do Tratado*» (TJUE, Proc. 6/64, 1964: 555). Como indica Gorjão-Henriques (2019: 360): «*Trata-se de um princípio afirmado jurisprudencialmente, ligado a uma certa ideia de messianismo existencial da própria ordem jurídica da União Europeia...*»

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» (TJUE, Proc. 11/70, 1970, cons. 3)³⁵.

Esta conceção estende-se até aos dias de hoje, como mostra a recente pronúncia nesse mesmo sentido por parte do Tribunal de Justiça em *Kreil* (TJUE, Proc. C-285/98, 2000: I-108 - I-109), cujos factos remetem para o conflito entre o artigo 12.º da Lei Fundamental alemã, a qual proíbe o serviço militar armado às mulheres e a Diretiva 76/2007/CEE relativa à concretização do princípio da igualdade entre homens e mulheres em contexto de trabalho e formação profissional. Não obstante o TJUE não fazer menção à natureza constitucional da norma interna em conflito com o direito da União «*[a] Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres (...) opõe-se à aplicação de disposições nacionais, tais como as do direito alemão, que excluem, de maneira geral, as mulheres dos empregos militares que incluam a utilização de armas (...)*».

O tratamento da primazia ascendeu ainda a novas alturas em razão do “*mandato*” conferido aos tribunais nacionais para salvaguarda da eficácia do direito da União com a decisão *Simmenthal* (TJUE, Proc. 106/77, 1978). Isto é, a crescente importância em que os tribunais dos Estados, quando investidos com o poder de aplicar disposições de direito da União, sejam capazes de atribuir o máximo efeito a essas disposições, incluindo a obrigação de desaplicar as normas nacionais que se encontrem em situação de incompatibilidade com aquelas.

Com efeito, perante um conflito normativo entre uma norma da União revestida de efeito direto e uma norma interna, no qual esta última, pela sua incompatibilidade com o direito da União, deveria ser, nos termos do direito interno, submetida a controlo da constitucionalidade, poder-se-ia precluir a aplicação imediata da norma comunitária?³⁶ Por

³⁵ Entre nós, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS indicam que «*o Tribunal de Justiça tem ido longe demais no seu zelo integracionista e que a doutrina da supremacia absoluta do Direito Comunitário só se justificaria numa fase de Estado federal*» (MIRANDA & MEDEIROS, 2010: 174).

³⁶ A questão surge com a interpretação do artigo 11.º da Constituição italiana, que servia como válvula de escape para a aplicação legítima do direito da União Europeia. Ou seja, como indica DICOSOLA, entre 1984 e 2001 vigorava a doutrina de que, sendo a vontade do Parlamento italiano suprema, o direito comunitário não

outras palavras, estando o juiz nacional obrigado a submeter ao tribunal constitucional a norma interna incompatível para fiscalização, poderia este assegurar o efeito direto do direito da União Europeia em causa não obstante as suas obrigações? A questão prejudicial colocada pelo Tribunal de Susa (*Pretore di Susa*), enquadra a questão no seu essencial:

«[A]s disposições comunitárias directamente aplicáveis devem, independentemente de quaisquer normas ou práticas internas dos Estados-membros, produzir plena e totalmente os seus efeitos e serem uniformemente aplicadas nas ordens jurídicas destes últimos para que possam também ser garantidos os direitos subjectivos criados na esfera jurídica dos particulares, conclui-se que o alcance destas normas deve ser entendido de forma que eventuais disposições nacionais ulteriores, contrárias às normas comunitárias, devam ser consideradas inaplicáveis de pleno direito, sem que seja necessário esperar a sua revogação pelo próprio legislador nacional ou por outros órgãos constitucionais (declaração de inconstitucionalidade)...?»
(TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 7).

A resposta do TJUE a esta questão formula-se através do que se considera ser uma extensão da definição de efeito direto. As disposições comunitárias devem ser aplicadas completa e uniformemente nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, formando assim uma fonte de direitos e obrigações, tanto para estes como para os seus particulares. Essas obrigações, naturalmente, estender-se-ão aos tribunais desses Estados, cujo objetivo é proteger os direitos conferidos aos particulares pelo Direito da União.

Desta forma, em respeito pelo princípio do primado, conflitos normativos entre disposições internas e disposições de direito da União revestidas de efeito direto serão configurados no sentido em que, apenas pela entrada em vigor das disposições comunitárias, ficam precludidas de aplicação quaisquer normas incompatíveis pertencentes ao direito interno:

«O juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, por aplicar disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário

seria diretamente aplicável contra uma lei interna. Assim, a única maneira de o fazer prevalecer na ordem interna passava pela revogação da lei incompatível ou com declaração de inconstitucionalidade das normas nacionais incompatíveis face ao artigo 11.º, que versa sobre limitação de soberania no âmbito de cooperação internacional. (DICOSOLA, 2007: 2-4), (Corte Cost., *Astuti*, 1975), (Corte Cost., *Astuti II*, 1976), (Corte Cost., *Ordinanza 206*, 1976). Em qualquer caso, os tribunais não podiam desaplicar uma lei interna só por ser incompatível com o direito da União.

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» (TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 24)

Quis o TJUE com isto dizer que a negação de normas da União através de medidas legislativas nacionais determinaria certamente a redução da efetividade do direito da União. Ora, é exatamente essa efetividade que cabe ao juiz nacional assegurar, fim para o qual ele possui, nas palavras de CLAES (2006: 43), o já mencionado *mandato* como tribunal comum de direito da União. Na aplicação do Direito da União, indica o TJUE, está o juiz nacional sob «*uma obrigação de assegurar o efeito pleno*» a essas normas, rejeitando, se necessário, «*por autoridade própria*», normas internas contrárias, não tendo que esperar pela *eliminação* dessa norma pelos órgãos legislativos ou constitucionais (TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 24)³⁷.

Aqui surge curiosamente também a constatação de que as normas de direito da União Europeia, fazendo parte integrante do ordenamento jurídico dos Estados-membros, impedem também «*(...) a formação válida de novos actos legislativos nacionais, na medida em que seriam incompatíveis com normas do direito comunitário*» (TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 17)³⁸. Embora exposta de forma bastante clara, esta declaração de *invalidade* de normas posteriores incompatíveis com o direito da União foi seguida de um considerável aliviar das consequências de desconformidade do direito interno. Nem, por um lado, se invalidaram normas internas incompatíveis utilizando *Simmenthal* como fundamento, nem, por outro, voltou o TJUE a mencionar essa obrigação.³⁹

A atribuição desta plenitude de poderes ao juiz, nomeadamente para ignorar ditames nacionais quando se encontra perante normas de direito da União, encontrou na doutrina fortes reações de ambos os lados do *espectro integrativo* (CRAIG & DE BURCA, 2015: 272 e BERTRAND, 2012: 23) A crítica principal tem a ver com a fragilização da *autonomia*

³⁷ Todavia, mesmo após *Simmenthal*, a lógica da Corte Constitucional italiana constante no acórdão *Granital*, procurando justificar o afastamento das normas internas desconformes, fundamenta-se numa ordem de ideias diferente da do Tribunal de Justiça. Isto é, paradoxalmente prima a lógica da atribuição de competências sobre uma lógica de hierarquia normativa ou do primado (Corte Costituzionale, Proc. 170, 1984, cons. 3).

³⁸ Pela importância do exposto, escolhemos também enxertar a seguinte passagem na língua inglesa: «*(...) also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions*».

³⁹ Vide Cap. 4.2.

processual dos Estados-membros⁴⁰, implicando potencialmente uma desobediência do juiz nacional às imposições decorrentes do ordenamento interno, conforme se retira desta afirmação de BERTRAND (2012: 23):

«*Sous l'effet de la jurisprudence Simmenthal, la Cour de justice a développé des solutions qui visent explicitement à affranchir le juge national de l'autorité des juridictions supérieures. C'est le cas en particulier de l'obligation d'écartier la solution au fond apportée par le juge suprême ou de celle d'écartier les modulations temporelles décidées par le juge constitutionnel*».

BERTRAND não estará absolutamente desprovido de razão no seu argumento; aliás, já KAKOURIS (1997) tinha avançado, na década anterior, com uma tese na qual tenta negar a existência de qualquer *autonomia processual*, servindo-se da jurisprudência principal sobre o assunto⁴¹, concluindo que a utilização do processo interno dos Estados-membros para aplicação do direito da União, possuirá, quando muito, uma *natureza meramente auxiliar*, não sendo uma expressão da soberania dos Estados-Membros, como ilustra:

«*[T]he prime necessity is the effective application of Community Law. Responsibility for this is entrusted to the national courts. No principle of procedural autonomy exists. The national courts apply their procedural law only insofar as they contribute to the effective application of Community law. Where they do not, they must be set aside. The gaps and deficiencies in national procedural law are filled by rules of Community law, as revealed and formulated by the case law of the Court of Justice*» (KAKOURIS, 1997: 1395-1408).

Porém, nem toda a doutrina fora tão crítica com *Simmenthal*, encontrando nela uma declaração de emancipação judicial das jurisdições ordinárias (CARREAU, 1978: 416); veja-se, por exemplo, a posição de Jean BOULOUIS, porquanto o Tribunal de Justiça terá, com

⁴⁰ Outra das críticas prendeu-se com a ideia que a *aplicabilidade direta*, conforme o artigo 249.º TCE (288.º TFUE), não aponta as normas das diretivas como «*diretamente aplicáveis*», limitando-se apenas por mencionar os regulamentos – o que implicaria, em caso de conflito, a duplamente grave, desobediência por parte do juiz nacional perante as suas normas internas, assim como a aplicação de normas não transpostas para o ordenamento interno, portanto inaplicáveis –, traduzindo a ideia que o afastamento do direito interno incompatível só faria sentido com o ato de transposição destas para o ordenamento jurídico interno (SWEET, 2005: 26)

⁴¹ *Vide Rewe* (TJUE, Proc. 33/76, 1981), *Johnston* (TJUE, Proc. 222/84, 1986), *Heylens* (TJUE, Proc. 222/86, 1987), *Rheinmühlen* (TJUE, Proc. 6/71, 1971), *Paletta II* (TJUE, Proc. C-206/94, 1996), *Emmott* (TJUE, Proc. C-208/90, 1991), *Van Schijndel* (TJUE, Procs. C-430/93 e C-431/93, 1995) e por fim *Peterbroeck* (TJUE, Proc. C-312/93, 1995).

Simmenthal, criado uma hierarquia própria, a qual inclui os juízes nacionais, ficando estes obrigados a «*braver son autorité*» – embora afirme, que na verdade, o TJUE ao dirigir-se aos tribunais nacionais, fá-lo como órgão estadual, sendo, portanto, impossível «*dissocier la source du droit et le titre du juge*» (BARAV, 1985: 326-327). Esta opinião transmite-nos a ideia-limite de que, ao ser o juiz nacional a cumprir com a aplicação do direito da União, ele está a agir nos termos da obrigação de efetividade (e de cooperação leal) à quais os Estados-membros se encontram obrigados.

Relativamente à solução apresentada no considerando 17 do acórdão *Simmenthal*, apenas um grupo minoritário da doutrina acabou por apoiar a tese da invalidade das normas nacionais aprovadas posteriormente à entrada em vigor de normas de direito da União, entre os quais se destacou BARAV (2015: 104)⁴² e mais timidamente JOLIET (1983: 339). Embora a lógica apresentada por este último se baseie no exercício, por parte dos juízes nacionais, de um poder que até ao momento seria inexistente nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros – o poder para afastar o direito interno incompatível –, ele faz a ressalva que o meio para chegar a esse poder é «*d'affirmer l'inexistence ou la nullité des lois nationales contraires*», acrescentando: «*[p]orquoi devrait-on attendre une déclaration d'inconstitutionnalité, puisque la loi n'existe pas?*» (JOLIET, 1983: 339).

Já BARAV apresenta uma ideia de incompetência dos Estados-membros para legislar relativamente às matérias sob as quais estes transferiram parte dos seus poderes soberanos para a União – «*une limitation définitive de souveraineté resulterait, pour les États membres, une incapacité absolue d'intervenir dans les matières relevant de la compétence communautaire ou d'agir contrairement au droit communautaire*» (BARAV, 2015: 98). Assim, é a declaração por parte do Tribunal de Justiça do efeito direto de uma disposição de direito da União, em sede da utilização do mecanismo de reenvio prejudicial, que terá o efeito de declarar a incompetência do Estado para consagrar normas sobre aquela matéria, explicando que «*[l]a sanction d'une telle incompétence consisterait en l'inexistence de la mesure adoptée*» (BARAV, 2015: 100). Em conclusão, BARAV indica que não poderá existir um problema de conflito normativo entre o direito nacional e o direito da União Europeia pois aquele (nacional) não existe – é *ultra vires*⁴³ –, acrescido do facto de que a jurisprudência do TJUE condiciona necessariamente a função dos tribunais nacionais, os

⁴² Necessitamos de fazer uma referência para o texto original de 1978, reeditado numa compilação de “grandes escritos” do autor, datada de 2015. Recorremos, no âmbito deste trabalho, à reedição mais recente.

⁴³ Com efeito, como iremos ver *infra* no Cap. 3, existem vários modelos federais de controlo da validade de legislação *ultra vires*, sendo uma prática pacífica a nível das instâncias de controlo federal (e constitucional) desses Estados.

quais se encontram sujeitos ao cumprimento do direito da União, não podendo aplicar aquelas normas (BARAV, 2015: 104).

2.3.2. Os possíveis limites constitucionais à primazia

A doutrina da primazia do direito da União Europeia, assim como a sua lógica funcionalista, encontrou naturalmente a devida resistência da doutrina e da jurisprudência de alguns Estados-membros, sobretudo nos ordenamentos constitucionais que consagram a existência de um Tribunal Constitucional, órgão jurisdicional com a missão de assegurar a supremacia ou o primado da constituição sobre todas as outras normas (MARTINS, 2018: 212).

Convém, por isso, analisar separadamente os diferentes fatores invocados para limitar a primazia do direito da UE sobre o direito dos Estados-membros, sobretudo quando isso afeta princípios e normas constitucionais internas. Afastando teorias maximalistas, que propugnassem a derrogação da primazia do direito da União em relação a todo o direito constitucional interno⁴⁴, os limites analisados tem a ver, em geral, com aspetos ou princípios constitucionais fundamentais.

a) *Proteção dos direitos fundamentais*

O principal fundamento inicialmente invocado para denegar a supremacia do direito da União na ordem jurídica interna foi protagonizada pelo TCF alemão e teve a ver com normas da União que alegadamente afetavam direitos fundamentais reconhecidos e protegidos pela Lei Fundamental alemã.

De facto, após algumas decisões do TJUE no sentido da aplicação de normas da União arguidas de violação de direitos fundamentais protegidos na Lei Fundamental – como, por exemplo, as decisões *Stork* (TJUE, Proc. 1/58, 1959) e *Internationale Handelsgesellschaft* (TJUE, Proc. 11/70, 1970) –, o TCF alemão proferiu dois acórdãos, *Solange I e II* (BVerfGE, Proc. 2 BvL 52/71, 1974 e BVerfGE, Proc. 2 BvR 197/83, 1986), sobre o assunto, com doze anos de intervalo. No primeiro deles considerou que, enquanto

⁴⁴ Que, n entanto parece ser a posição adotada pelo Tribunal Constitucional polaco, a 11 de maio de 2005 (TKonst, Proc. K18/04, 2005), em que, conforme explica PÉREZ (2012: 54), «[l]a primacía del Derecho comunitario no implicaría, pues una primacía sobre la Constitución (...) El Tribunal Constitucional polaco reconoció, pues la existencia de una obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad y de manera favorable com el Derecho comunitario, pero esta obligación encontraría sus limites em el caso de un conflicto com una disposición expresa de la Constitución».

[*solange*, em alemão] o nível de proteção dos direitos fundamentais na União não fosse essencialmente equivalente ao da Lei Fundamental, não era de reconhecer a sua primazia no direito interno e que, pelo contrário, o Tribunal Constitucional se reservava o direito de fazer prevalecer a Lei Fundamental. Era um formidável desafio à aplicação direta e à primazia do direito da União. E foi no seguimento dele que o TJUE veio declarar, logo em 1974, na decisão *Nold* (TJUE, Proc. 4/73, 1974), que, apesar do silêncio dos Tratados sobre o assunto, o respeito pelos direitos fundamentais, tal como resultam da CEDH e das «*tradições constitucionais comuns aos Estados-membros*», constitui um *princípio geral do direito da União*, resolvendo assim a questão dentro do próprio ordenamento constitucional da União, permitindo que se afirmasse «*em simultâneo o primado absoluto do Direito comunitário e o respeito pelos direitos fundamentais*» (Caramelo GOMES, 2003: 53).

Por isso, no segundo acórdão *Solange*, considerando positivamente o desenvolvimento da jurisprudência do TJUE quanto à proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União, o TC alemão concluiu assim:

«Enquanto as Comunidades Europeias, em particular a jurisprudência do Tribunal de Justiça, assegurarem de um modo geral a proteção efetiva dos direitos fundamentais face aos poderes soberanos das Comunidades, de um modo substancialmente semelhante à proteção dos direitos fundamentais de um modo incondicional por parte da Lei Fundamental, e desde que geralmente salvaguardem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Federal não irá exercer a sua jurisdição de modo a decidir sobre aplicabilidade do direito da Comunidade exercer o seu poder jurisdicional para decidir sobre aplicabilidade do direito da Comunidade (...) e não irá controlar tal legislação pelo standard dos direitos fundamentais contidos na Lei Fundamental»⁴⁵.

Este novo princípio constitucional da União sobre a proteção dos direitos fundamentais, mais uma vez de criação pretoriana, viria a ser incorporado no direito primário

⁴⁵ Conforme explica o TCF alemão em *Solange II* (BverfGE, Proc. BvR 197/83, 1986, cons. 132): NT (do original na língua alemã): «*Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht (...) nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen*».

pelo Tratado de Maastricht (1992), onde ainda se mantém (artigo 6.º, n.º 3, do TUE), apesar da aprovação, entretanto da CDFUE (2000), igualmente constitucionalizada pelo Tratado de Lisboa (2007), como decorre do n.º 1 do mesmo preceito do TUE.

b) Defesa da “identidade constitucional”

Por critério de identidade constitucional (*Verfassungsidentität*) compreende-se o elo de ligação entre a identidade nacional e o *conjunto de estruturas fundamentais político-constitucionais dos Estados-membros*. Por outras palavras, a identidade constitucional pode ser compreendida como um *quid* preexistente, embora largamente indeterminado⁴⁶, contido dentro da ordem jurídico-constitucional de cada Estado-membro (BOGDANDY & SCHILL, 2011: 11).

A sua utilização como critério limitador da vinculação dos Estados-membros à União Europeia, nomeadamente, da crescente amplitude da primazia do seu direito, foi famosamente exercida pelo TCF alemão também na decisão *Solange I* (BVerfGE, Proc. n.º 2 BvL 52/71, 1974), onde o mesmo sustentou que a atribuição de competências à União através da transferência de soberania para a mesma, não poderia «*abrir o caminho à revisão da estrutura básica da Lei Fundamental que constitui o fundamento da sua identidade, sem uma revisão formal da Lei Fundamental*» (BVerfGE, Proc. n.º 2 BvL 52/71, 1974, cons. B-I 3.).⁴⁷ O TCF alemão viria a desenvolver o seu entendimento do critério em *Lissabon-Urteil* (BVerfGE, Proc. n.º 2 BvE 2/08, 2009, cons. C-I 2, al. bb), indicando que possui o poder de controlar o cumprimento dos limites das competências atribuídas à União, quer no direito emanado pelas instituições europeias, quer nos seus restantes atos. Este controlo é realizado perante o conceito de identidade constitucional previsto no artigo 79 n.º 3 da Lei Fundamental, o qual consagra a *garantia eterna (Ewigkeitsgarantie)*⁴⁸, isto é, o conjunto de princípios constitucionais que «*nenhum órgão constitucional possui a competência para alterar (...)*»⁴⁹.

Assim, para além do controlo já indicado pelo TCF alemão, conforme explica THYM (2009: 1797), «*this double extension of the review criteria has important consequences: the*

⁴⁶ Dizemos largamente indeterminado devido à notória disparidade entre os vários tribunais constitucionais em definir o critério de identidade constitucional.

⁴⁷ NT (do original na língua alemã): «*er eröffnet nicht den Weg, die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht, ohne Verfassungsänderung*».

⁴⁸ Também apeladas de “cláusula eterna” (DAVIES, 2017: 174).

⁴⁹ NT (do original na língua alemã): «*keinem Verfassungsorgan ist die Kompetenz eingeräumt (...) zu verändern*».

democracy-rooted control of conferred powers is complemented by the defence of national constitutional identity under article 79(3) and the sovereignty-based rejection of European statehood»⁵⁰.

O critério de identidade constitucional insere-se assim como uma segunda garantia no que concerne aos poderes de cognição exercidos pelo TCF alemão perante o direito da União. Não se trata já somente de um controlo sobre a atos adotados fora do âmbito de competências previstas nos Tratados – controlo *ultra vires* –, mas também o respeito pelo critério autónomo da identidade nacional, o qual permite, por exemplo, aos cidadãos oporem-se a determinadas atribuições de competências à União em razão da matéria com o fundamento que essas transferências de soberania violam o disposto no artigo 79.º n.º 3 da Lei Fundamental (THYM, 2009: 1806).

MILLET (2013: 148) atenua esta compreensão de identidade constitucional em duas ordens de razão, porquanto nem a validade, nem a aplicação do direito da União podem *«théoriquement ceder le pas devant les constitutions des États membres, y compris devant leurs dispositions les plus essentielles»*. Além desta ideia, a ideia de identidade constitucional também esbarra, para MILLET, no conceito de uniformidade do direito da União, pois reconhecer particularismos nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros como exceções à aplicação do direito da União no território daqueles levará ao risco de fragmentação deste. Este autor admite que existe uma certa flexibilidade no processo de integração – exemplificadas nas cláusulas de *opting-out*, períodos de transição, derrogações às liberdades do mercado único ou até mesmo as cooperações reforçadas *a contrario sensu* – mas que as mesmas são usadas de forma restrita ou então interpretadas de forma estrita (MILLET, 2013: 148).

⁵⁰ Recorde-se que nesta decisão, o TCF alemão havia indicado, antes de recorrer ao critério da identidade constitucional que *«[n]os termos da Lei Fundamental, aqueles com direito de voto têm direito a uma decisão “livremente adotada” para decidir sobre uma alteração de identidade da República Federal da Alemanha que seja efetuada ao tornar-se um estado constituinte de um estado federal europeu, e a concomitante substituição da Lei Fundamental (...) O artigo 146 da Lei Fundamental determina, para além dos requisitos substantivos previstos no artigo 23.1 primeiro paragrafo da Lei Fundamental, a última fronteira da participação da República Federal da Alemanha na integração europeia. É o poder constituinte apenas, e não a autoridade constitucional emanada pela constituição, que possui o poder de libertar o estado constituído pela Lei Fundamental»*. (BVerfGE, Proc. n.º 2 BvE 2/08, 2009, cons. B-I 3, al. cc). NT (do original em língua alemã): *«Die Wahlberechtigten besitzen nach dem Grundgesetz das Recht, über den Identitätswechsel der Bundesrepublik Deutschland, wie er durch Umbildung zu einem Gliedstaat eines europäischen Bundesstaates bewirkt werden würde, und die damit einhergehende Ablösung des Grundgesetzes „in freier Entscheidung“ zu befinden (...) Art. 146 GG formuliert neben den materiellen Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG die äußerste Grenze der Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der europäischen Integration. Es ist allein die verfassungsgebende Gewalt, die berechtigt ist, den durch das Grundgesetz verfassten Staat freizugeben, nicht aber die verfasste Gewalt»*.

No entanto a ideia de defesa da identidade nacional levou a que, como VECCHIO (2015: 99) explica, se inserisse no projeto de Tratado constitucional para a União (2004) uma cláusula reforçada de salvaguarda das identidades nacionais dos Estados-membros, na pegada do artigo 6.º do TUE-Maastricht, «*el art. I-5 del Tratado constitucional há reforzado el empeño de respetar las peculiaridades de los ordenamientos nacionales y, com un enunciado más significativo...*».

A alteração da cláusula da identidade dos Estados com o Tratado de Lisboa (artigo 4.º, n.º 2, do TUE) reconceptualizou o relacionamento entre o direito da União e os vários direitos constitucionais dos seus Estados-membros. Esta alteração poderá levar a um entendimento diferenciado entre a posição do TJUE – uma primazia absoluta – e as posições geralmente adotadas pelos tribunais constitucionais – uma primazia relativizada perante certos limites constitucionais –, nomeadamente, a identidade constitucional (BOGDANDY & SCHILL, 2011: 2).

Com efeito, afirma MAYER (2020: 1118) que o critério da identidade constitucional (*Identitätskontrolle*) é a única forma verdadeiramente admissível de controlo exercido pelos Estados-membros, em oposição à ideia dos contralimites e da competência das competências que veremos *infra*. As razões prendem-se essencialmente com o relacionamento bilateral entre o ordenamento constitucional de um determinado Estado-membro e o ordenamento constitucional da União, que obriga, pelo menos conceitualmente, um Estado a acionar certos limites constitucionais, sentindo que os princípios fundamentais da sua ordem constitucional se encontram em risco⁵¹.

Note-se que, depois do Tratado de Maastricht, o respeito da identidade nacional passou a ser como um *limite constitucional endógeno da ação da União*, pelo que qualquer ofensa a esse princípio constitui uma violação do próprio Tratado antes de ser uma lesão da constituição dos Estados-membros. Na definição do TUE, a *identidade nacional* é a «*refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais (...), incluindo no que se refere a autonomia local e regional*», o que abarca a definição do território, da cidadania e da língua, o regime político e a forma de Estado e de governo, o que no caso português abrange no essencial os preceitos dos artigos 1 a 6.º e 10.º da CRP, depois coligidos nos *limites materiais de revisão constitucional* do artigo 288.º da CRP.

⁵¹ Entre nós, as salvaguardas previstas no art.º 8 n.º 4 *in fine* da CRP. Vide Cap. 4.1.

c) A teoria dos “contralimites”

Por teoria dos contralimites (*controlimitti*) encontramos a argumentação avançada inicialmente pelo Tribunal Constitucional italiano (*Corte Costituzionale*) na sua decisão *Frontini* 183/1973 (Corte Cost, Proc. 183/1973, 1973, cons. 4 e 9), onde afirmou que o artigo 11.º da Constituição italiana permite a transferência da soberania necessária para que se atinja a paz e a justiça entre as nações, mas que tal transferência não permitia às Comunidades qualquer violação nem dos princípios constitucionais fundamentais nem os direitos humanos inalienáveis, reservando-se ao Tribunal o poder de «*revisão judicial deste Tribunal sobre a compatibilidade contínua do Tratado com os princípios fundamentais acima mencionados*»⁵². Assim, da mesma forma que o direito da União limita a soberania dos Estados-membros, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico-constitucional italiano “contralimitam” o poder da União Europeia (PARIS, 2018: 2010)⁵³. Conforme

⁵² «*A lei de 14 de outubro de 1957, n. 1203, com a qual o Parlamento italiano deu plena e completa execução ao Tratado que institui o C.E.E., encontra um fundamento seguro de legitimidade na disposição do art.º 11 da Constituição, segundo a qual "a Itália permite, em igualdade de condições com os outros Estados, as limitações de soberania necessárias a uma ordem que garanta a paz e a justiça entre as nações" (...) Também deve ser lembrado que a competência regulatória dos órgãos da E.C.E. está prevista no art.º 189 do Tratado de Roma, limitada a questões relativas às relações económicas, ou seja, a questões em relação às quais nossa Constituição estabelece, mas a reserva de lei ou referência à lei, mas as disposições precisas e pontuais do Tratado fornecem uma garantia segura, de modo que parece difícil configurar, mesmo abstratamente, a hipótese de que um regulamento comunitário possa afetar relações civis, ético-sociais e políticas, com disposições contrárias à Constituição italiana. Não é apropriado acrescentar que, nos termos do art.º 11 da Constituição, as limitações de soberania foram permitidas apenas para a realização dos propósitos nela indicados; e, portanto, deve-se excluir que tais limitações, concretamente esclarecidas no Tratado de Roma – assinadas por países cujos sistemas jurídicos são inspirados nos princípios do estado de direito e garantem as liberdades essenciais dos cidadãos –, possam, em qualquer caso, e é óbvio que, se uma interpretação tão aberrante fosse dada ao artigo 189, neste caso, a garantia da revisão judicial deste Tribunal sobre a compatibilidade contínua do Tratado com os princípios fundamentais acima mencionados sempre seria assegurada*». NT (do original em língua italiana): «*La legge 14 ottobre 1957, n. 1203, con cui il Parlamento italiano ha dato piena ed intera esecuzione al Trattato istitutivo della C.E.E., trova sicuro fondamento di legittimità nella disposizione dell'art. 11 della Costituzione, in base alla quale "l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni" (...) Occorre, d'altro canto, ricordare che la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall'art. 189 del Trattato di Roma limitatamente a materie concernenti i rapporti economici, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e 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. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*».

⁵³ A expressão contra limites (*controlimitti*) foi utilizada pela primeira vez por BARILE (1969).

explica BON (2004: 170), a teoria dos contralimites implica que, embora os Estados-membros não possam controlar a constitucionalidade *interna* dos atos da União, poderão fazê-lo, *no limite*, se estes atos violarem os princípios fundamentais previstos na Constituição⁵⁴.

Como é bom de ver, os valores protegidos pelos “contralimites”, ou seja, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais fundamentais coincidem no essencial com os limites suscitados pelo TCF alemão na decisão *Solange I* (direitos fundamentais e identidade constitucional nacional). O que há de inovador é a sua teorização em termos de contrapartida dos limites da soberania nacional decorrentes da integração europeia.

Veja-se que se pode interpretar a posição do Tribunal Constitucional italiano, no que concerne ao artigo 11.º da Constituição italiana, de forma que o conceito de limitação de soberania essencialmente correspondia à limitação dos poderes do Estado em funções como a legislativa, judicial e executivas, dado que, no que respeitava às competências da Comunidade e só nestas, seriam as respetivas instituições a exercer esses poderes. Não sendo expectável que as instituições comunitárias utilizassem os vários procedimentos nacionais para exercerem os seus poderes, deveriam antes utilizar os seus próprios procedimentos de natureza supranacional – legislativo, judicial e executivo –, os quais estariam isentos de qualquer escrutínio perante os *standards* italianos relativos quer aos vários procedimentos, quer à substância. Porém, estes poderes transferidos têm limites, nomeadamente nos princípios fundamentais da Constituição, eles próprios consagradores do princípio da limitação de soberania previsto no artigo 11.º. Quer isto dizer, como acima explicamos, que a Comunidade não teria nos termos do artigo 11.º qualquer competência para afetar os princípios fundamentais da Constituição italiana, dado que se esta competência existisse, não restaria, em contrapartida, qualquer soberania italiana – nem o próprio artigo 11.º poderia operar. Assim, o artigo 11.º da Constituição italiana permite “*limitar*” a soberania do Estado, mas não a anula, não permite que a mesma deixe de existir (CARTABIA, 1990: 181)⁵⁵.

⁵⁴ Pela nossa parte, a solução contida no art.º 8.º n.º 4 *in fine* da Constituição da República Portuguesa (CRP) parece ir exatamente neste sentido. *Vide* Cap. 4.1.

⁵⁵ Curiosamente, CARTABIA explica que a atitude que sempre dominou a postura italiana perante o direito da União baseia-se na convicção de que as normas europeias podem ser encaradas como normas nacionais, não obstante afirmar que ambos os sistemas são separados (uma ideia predominantemente dualista). É paradoxal, conforme explica: «*the Constitutional Court is in tune with the EC when it applies the dualist approach, even if the ECJ has always adopted a monist attitude toward the relationship between the EC and national norms. In its earlier judgements, the Constitutional Court specifically stated that Community norms had the same legal effect as did acts of Parliament*» (CARTABIA, 1990: 187). Isto explica as razões pelas quais o Tribunal Constitucional italiano rejeita a ideia de primazia do direito da União, apoiando-se ao invés, numa

O Tribunal Constitucional italiano utilizaria mais três vezes o argumento dos contralimites, na decisão *Granital* (Corte Cost, Proc. 170/1984, 1984), na *sentenza* 269/2017 (Corte Cost, Proc. 269/2017, 2017) aplicável às questões de *dual preliminaryity* e na *sentenza* 115/2018 (Corte Cost, Proc. 115/2018, 2018) – a decisão final da saga *Taricco* –, tendo nestas últimas duas decisões efetivamente demonstrado a sua vontade em assumir competências que pertencem ao TJUE (GALLO, 2019: 2).

Na *sentenza* 269/2017, perante as questões de *dual preliminaryity*, isto é, situações em que uma norma nacional se encontra em situação de potencial desconformidade com o direito constitucional do Estado-membro e com os direitos fundamentais da CDFUE (LAZZERINI, 2020: 1465), os tribunais ordinários deveriam desconsiderar a jurisprudência *Simmenthal* (TJUE, Proc. 106/77, 1978) e remeter um pedido de fiscalização de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional. Conforme explicam POLLICINO & REPETTO (2019), a lógica do Tribunal Constitucional italiano assentou na natureza fundamental das normas contidas na CDFUE, pelo que não poderiam, no direito italiano, os juízes ordinários adjudicar sobre os seus conteúdos. Assim, independentemente do conteúdo e do âmbito de aplicação de determinado direito contido na CDFUE, desde que o mesmo se encontre em situação de sobreposição com um direito previsto na Constituição italiana, os juízes ordinários seriam obrigados a solicitar a fiscalização da constitucionalidade da norma em causa, em vez de suscitar junto do TJUE a questão da sua validade por infração da CDFUE, alegadamente por imposição do «*sistema centralizado de fiscalização constitucional na base da estrutura constitucional*» (Corte Cost, Proc. 269/2017, 2017: cons. 5.2.)⁵⁶. Esta solução não impede os juízes nacionais de proceder a reenvio prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE após a pronúncia sobre a constitucionalidade da norma interna em causa, mas, mesmo assim, resultou num *obiter dictum* aos juízes que são, por excelência, os principais interlocutores com o TJUE (POLLICINO & REPETTO, 2019)⁵⁷.

A *sentenza* 115/2018, põe um ponto final na saga judicial *Taricco*, relativamente à proibição de aplicação dos períodos de prescrição das condenações previstos no direito penal

ideia de *lex posterior derogat lex priori* – isto é, o direito da União apenas se aplica em vez do direito nacional, pois o mesmo é posterior. Para o Tribunal Constitucional italiano, o direito da União possuía o mesmo valor que o direito interno ordinário. Veja-se ainda, relativamente à pronúncia do TJUE em *Internationale Handelsgesellschaft* (TJUE, Proc. 11/70, 1970) que a invocação de princípios da «*estrutura constitucional nacional*» do Estado-membros é exatamente uma das razões que não poderá «*afectar a validade de um ato da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado*».

⁵⁶ NT (do original em língua italiana): «*sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale*».

⁵⁷ Tal *obiter dictum* já foi, entretanto, observado num reenvio para fiscalização da constitucionalidade na *sentenza* 20/2019 (Corte Cost. Proc. 20/2019, 2019).

italiano, em razão da sua incompatibilidade com o artigo 325.º TFUE. Após o acórdão *M.A.S. & M.B.* (TJUE, Proc. C-42/17, 2017), que estabeleceu essencialmente que a regra consagrada em *Taricco* (TJUE, Proc. C-105/14, 2015) não deveria ser aplicada a factos que tivessem ocorrido anteriormente à decisão do acórdão com o mesmo nome, os juízes do *Pallazo della Consulta* vieram determinar na *sentenza* 115/2018 que *Taricco* não seria aplicável aos crimes cometidos antes da sua pronúncia, determinando também, com base no critério já explicado da ideia de *identidade constitucional*, que a regra prevista no artigo 325.º TFUE não poderá gozar de *efeito direto*, mesmo após a pronúncia de *Taricco*, pois viola a regra prevista no 2.º parágrafo do artigo 25.º da Constituição italiana. O Tribunal explica mesmo que é intuitivamente impossível retirar a regra estabelecida em *Taricco* da interpretação do artigo 325.º TFUE. Pelo que o «*principio da determinabilidade em matéria penal*», previsto no art.º 25 da Constituição, «*previne a aplicação da “regra Taricco”*»⁵⁸. É curiosa a afirmação de AMALFITANO & POLLICINO (2018), no comentário a esta decisão, defendendo existir uma «*hidden horizontal message*» contida na *sentenza* 115/2018, porquanto que «*[w]here the national law is in double contrast with the rights enshrined both in the Italian Constitution and in the EU Charter, the ICC [o Tribunal Constitucional italiano] requires national judges to raise the question of constitutionality instead of referring to the ECJ (...). [I]n a way, this is a message to the national judges, who should think twice before bypassing the ICC in the attempt to foster their privileged communication channel with the ECJ*».

Ainda assim, com exceção desta conclusão ininterrupta da saga *Taricco*, os juízes do *Pallazo della Consulta* parecem continuar o diálogo com o TJUE, conforme se pode retirar da *ordinanza* 182/2020 (Corte Cost, Proc. 182, 2020), onde se procedeu a reenvio prejudicial para determinar a compatibilidade de uma norma nacional que prevê a atribuição de subsídios de natalidade e maternidade apenas a cidadãos de países terceiros à UE quando portadores de título de residência. No entendimento do Tribunal Supremo de Cassação (*Corte Suprema di Cassazione*), que solicitou a fiscalização da constitucionalidade junto do Tribunal Constitucional italiano, esta norma interna encontra-se em conflito com os direitos fundamentais contidos na Constituição e simultaneamente, com os direitos consagrados na CDFUE. Conforme indica LAZZERINI (2020: 1476), no seu comentário ao reenvio, «*[t]he approach to the EU parameters in order 182/2020 is also particularly welcome. The CC*

⁵⁸ NT (do original em língua italiana): «*a “regola Taricco”, ove applicabile, sarebbe in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale*».

[Tribunal Constitucional italiano] *did not engage itself with the interpretation of Art. 34 of the EU Charter, but asked the Court of justice to clarify its scope. As was suggested, national courts should contribute to achieving harmony between the EU Charter and the Member States' common constitutional traditions by interpreting the constitutional provisions corresponding to the relevant rules of the EU charter; the interpretation of the latter in the light of the common constitutional traditions is, by contrast, the task of the Court of Justice*».

Alias, o próprio Tribunal Constitucional italiano assim o admite, quando afirma que a «*extensão e a latitude*» das «*garantias*» oferecidas quer pela CDFUE, quer pela Constituição italiana, «*que se refletem na constante evolução dos preceitos constitucionais, em uma relação de implicação mútua e integração frutífera*», dependem da possibilidade de remeter questões prejudiciais para o TJUE (Corte Cost, Proc. 180/2020, cons. 3.2)⁵⁹.

d) A teoria da “competência das competências”

Por competência das competências (*Kompetenz-Kompetenz*) compreendemos a doutrina inicialmente avançada pelo TCF alemão no acórdão sobre o *Tratado de Maastricht (Maastricht-Urteil)*, (BVerfGE, Procs. 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92, 1993), onde o mesmo identificou que o princípio-chave para o poder indiretamente exercido pela União residia, por um lado, na concordância parlamentar nacional (ao ratificar os Tratados e as suas revisões), mas também, por outro lado, na inexistência de um *demos* europeu, na inviolabilidade dos direitos fundamentais garantidos pelas constituições dos Estados-membros, assim como os princípios da segurança jurídica e na *autorização limitada* dada pelos Estados-membros na sua transferência de soberania (BECK, 2011: 478). Com efeito, era o princípio da atribuição que regia a relação entre os Estados-membros e a União e não um poder soberano que brota da fonte de um (inexistente) parlamento do povo (*volk*) europeu – «*[s]ince this, it is claimed, has not occurred, the Union and its institutions can have neither the authority nor the legitimacy of a Demos-cratic State*» (WEILER, 1995: 230-231)⁶⁰.

⁵⁹ NT (do original em língua italiana): «*Sulla portata e sulla latitudine di tali garanzie, che si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione, si concentrano le questioni pregiudiziali che in questa sede si ritiene di sottoporre al vaglio della Corte di giustizia*».

⁶⁰ Uma questão que, na opinião do TCF alemão, poderia ser solucionada através do aumento da «*legitimidade democrática e a influência transmitida através dos parlamentos nacionais, uma representação dos povos nacionais por um parlamento europeu, que também assume apoio democrático à política da União Europeia*». NT (do original em língua alemã): «*der über die nationalen Parlamente vermittelten demokratischen Legitimation und Einflußnahme eine Repräsentation der Staatsvölker durch ein europäisches Parlament hinzutreten zu lassen, von der ergänzend eine demokratische Abstützung der Politik der Europäischen Union ausgeht*» (BVerfGE, Procs. 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92, 1993, cons. 97).

A legitimidade democrática adquirida através da atribuição nacional de competências às instituições da União assegura assim que os Estados-membros mantêm *o manto de senhores dos Tratados*, resultando num processo de integração que não escapa do seu poder (KIRCHHOF, 1997: 13), ficando dependente da confirmação parlamentar nacional, isto é, «*um maior desenvolvimento da União Europeia*» fica dependente do contexto da «*democracia, o estado de direito, os princípios sociais, federalismo e o princípio da subsidiariedade*» (BVerfGE, Procs. 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92, 1993, cons. 165)⁶¹.

Na sua essência, explica MAYER (2009: 412-413), no acórdão sobre o *Tratado de Maastricht*, o TCF alemão estabelece uma *reserva de competência constitucional* sobre o exercício dos poderes atribuídos à União, podendo exercer controlo de constitucionalidade sobre *os atos jurídicos* desta que *quebrem os limites (ausbrechende Rechtsakte)* da atribuição de competências realizada pelos Estados-membros – isto é, os atos *ultra-vires*. Na verdade, o TCF alemão não faz mais do que interpretar *originalmente* o direito da União, dado que para este órgão jurisdicional, o caminho de integração previsto nos Tratados, aos quais os Estados-membros aderiram, não pode ser alterado *a posteriori* de forma substancial por um ato imprevisto pelos Tratados – *ultra vires* – o que resultaria numa atuação fora do âmbito do *ato de adesão (Zustimmungsgesetz)*. MAYER (2009: 413) indica ainda que curiosamente, o ato que fosse declarado *ultra-vires* pelo TCF alemão, para além de ser inaplicável na República Federal da Alemanha, deveria sê-lo ainda no resto dos Estados-membros da União, dado que «*as an act cannot be ultra vires only in the bipolar relationship between one Member State and the EU*».

A doutrina da “competência das competências” atinge um segundo nível de desenvolvimento na jurisprudência do TCF alemão, através do acórdão sobre o *Tratado de Lisboa* (BVerfGE, Proc. 2 BvE 2/08, 2009). Nesta decisão, conforme indica THYM (2009: 1798), a diferença entre a decisão em Maastricht e Lisboa encontra-se no facto de que o TCF alemão junta o conceito da *associação de Estados soberanos (Staatenverbund)*⁶² ao argumento da competência das competências. O acórdão sobre o Tratado de Lisboa ancora-se na ideia clássica de soberania, adicionando-lhe o conceito do sobrania popular representativa (*repräsentativen Volksherrschaft*) e o seu direito à autodeterminação

⁶¹ NT (do original em língua alemã): «*Aus diesem Sinnzusammenhang kann sich eine weitere Entwicklung der Europäischen Union nicht lösen (...) die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität*»

⁶² Para mais sobre este conceito vide KIRSCHOF (2009: 1009).

democrática (*demokratischen Selbstbestimmung*), através do qual os cidadãos, por um lado, participam nas eleições e por outro, exercem o seu poder *constituente*.

Esta reforçada lógica de poder *soberano* resulta na afirmação de que a República Federal da Alemanha participa, nos termos do artigo 23.º da Lei Fundamental, «*numa associação de estados soberanos para os quais os direitos soberanos são transferidos. O conceito de associação abrange uma conexão estreita e de longo prazo de Estados que se mantêm soberanos e que exercem autoridade pública numa base contratual, mas cuja ordem fundamental está sujeita apenas ao poder decisório dos Estados-membros e nos quais os povos – ou seja, os cidadãos nacionais – dos Estados-membros continuam os sujeitos da legitimidade democrática*» (BVerfGE, Proc. n.º 2 BvE 2/08, 2009, cons. 229)⁶³.

Na lógica do TCF alemão, surge, mais uma vez, o conceito do princípio da atribuição, como um princípio estrutural do direito da União – como um fundamento da autoridade da União que tem a sua origem no direito constitucional dos Estados-membros –, pois os vários requisitos de legitimação democrática através da participação parlamentar nacional, de critérios de segurança jurídica através de atos de autorização de transferência de soberania e a necessidade de manter um núcleo essencial de soberania nacional como expressão efetiva do conjunto de competências originárias dos Estados, são o conjunto de limites à transferência de soberania por parte da associação de estados como a União Europeia (BECK, 2011: 479).

«*A Lei Fundamental não autoriza os órgãos do Estado alemão a transferir direitos soberanos de forma que o seu exercício possa estabelecer de forma independente novas competências para a União Europeia. Proíbe a transferência da competência das competências*» (BVerfGE, Proc. n.º 2 BvE 2/08, 2009, cons. 233)⁶⁴.

O controlo dos atos *ultra vires* da União encontrou aplicação, no passado recente, através da decisão relativa ao programa de compra de ativos (PPSP) pelo Banco Central Europeu (BCE), (BVerfGE, Proc. 2 BvR 859/15, 2020). Após a pronúncia do TJUE em *Weiss* (TJUE, Proc. C-493/17, 2018, cons. 158), que considerou o programa de compra de ativos

⁶³ NT (do original em língua alemã): «*Staatenverbund konzipierten Europäischen Union mitwirkt, auf die Hoheitsrechte übertragen werden. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker - das heißt die staatsangehörigen Bürger - der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben*».

⁶⁴ NT (do original em língua alemã): «*Das Grundgesetz ermächtigt die deutschen Staatsorgane nicht, Hoheitsrechte derart zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten für die Europäische Union begründet werden können. Es untersagt die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz*».

resultante da Decisão 2015/774 do BCE compatível com o direito da União, o TCF alemão declarou que a mesma é *ultra vires* em razão de extravasar o princípio da atribuição, indicando que «*os órgãos constitucionais alemães, autoridades administrativas e tribunais não se encontram vinculados (...). [pelo que] não podem participar nem no desenvolvimento nem na implementação de atos ultra vires*», atacando também a decisão do TJUE em razão de a mesma «*exceder o seu mandato judicial nos termos do artigo 19.º n.º 1 segundo parágrafo do TUE e causar uma mudança estruturalmente significativa de competência em detrimento dos Estados-membros. Como se apresenta como um ato ultra vires, não tem efeito vinculativo a esse respeito*» (BverfGE, Proc. 2 BvR 859/15, 2020, cons. 234 e 119)⁶⁵.

Esta decisão e a própria tese da *Kompetenz-Kompetenz* não estão isentas de crítica⁶⁶ Conforme escreve WENDEL (2020: 948), a fiscalização *ultra vires* está ancorada na ideia de que as instituições da União não excedem o plano de integração, ao qual a República Federal da Alemanha deu o seu consentimento democrático, em respeito da *cláusula eterna* prevista no artigo 79.º da Lei Fundamental alemã e também nos termos do artigo 23.º da mesma, o qual prevê os atos parlamentares.

Ora, o problema encontra-se no facto de que as decisões que declaram um ato da União como *ultra vires* implicam naturalmente uma interpretação dos Tratados, com os quais o ato ferido de incompetência será desconforme, nos termos dos artigos 4.º e 5.º TUE, que consagram enfaticamente o princípio da especialidade das atribuições da União, Ora, nos termos do Tratado, que a Alemanha ratificou, apenas o TJUE possui competência para interpretar o direito da União e julgar da validade dos atos da União, tratando-se de um *sistema de controlo constitucional endógeno*, em razão do extravaso de competências pelas instituições. Se a interpretação do direito da União cabe exclusivamente ao TJUE, explica WENDEL (2020: 948), o TCF alemão terá de respeitar as decisões do TJUE desde que esta decisão não seja, por um lado, de natureza arbitrária e, por outro, se baseie em princípios metodológicos reconhecidos. Porém, em lado algum na decisão do TCF alemão está

⁶⁵ NT (do original em língua alemã): «*entfaltet für deutsche Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte keine Wirkung. Diese dürfen weder am Zustandekommen noch an Umsetzung, Vollziehung oder Operationalisierung von Ultra-vires-Akten mitwirken*»; «*überschreitet daher offenkundig das ihm in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV erteilte Mandat und bewirkt eine strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten. Da es sich selbst als Ultra-vires-Akt darstellt, kommt ihm insoweit keine Bindungswirkung zu*».

⁶⁶ A doutrina reagiu de forma tão forte à presente decisão que esta mereceu, no mesmo mês, uma declaração conjunta por parte de quatro conhecidos autores, dos vários pontos do espectro académico relativo ao debate sobre a integração constitucional europeia. Em suma – «*[i]hough we do not agree on all aspects of the constitutional pluralism debate, on one point we are unambiguously and emphatically united: it is unacceptable for a national court to declare that a CJEU ruling is not binding in its jurisdiction*» (KELEMEN, ECKHOUT, FABRINI & PECH, 2020).

demonstrado que a decisão do TJUE fora arbitrária, assim como falha em demonstrar o excesso na atuação deste órgão judicial – «*the FCC’s reasoning hardly complies with the standards of legal persuasiveness that the FCC sets itself for ultra vires review*».

Falha também o TCF alemão em demonstrar adequadamente que uma violação do princípio da proporcionalidade por parte do BCE constitui uma atuação *ultra-vires* – uma atuação que altere desmesuradamente o equilíbrio das competências entre a União e os Estados – «*although the issue at stake – proportionality – is a matter of correctly exercising competences in a specific case, which seems to be at odds with the structural argument*» (MAYER, 2020: 1123). WENDEL (2020: 986) concorda com este argumento, em razão do facto de que quando um ato da União viola o artigo 5.º n.º 4 TUE, isto é, não respeitando o princípio da proporcionalidade, tal violação não se considera *ultra vires*, antes, gera uma ilegalidade dentro daquilo que são as suas competências – «*[t]his is the case, for instance if the EU legislator enacts a regulation where a directive would have sufficed... (...) mixing up the principle of conferral with principle of proportionality implies mixing up the concept of lack of competence with the concept of unlawfulness*».

Mesmo sem por em causa a tese da reserva nacional da competência das competências, o TCF alemão foi longe de mais na sua interpretação desta doutrina, muito provavelmente visando “castigar” o TJUE e colocando em risco a relação de *cooperação horizontal* entre tribunais da qual grande parte da doutrina se tem vindo a ocupar desde que se lançou mão do mecanismo do reenvio prejudicial. De qualquer modo, a atuação do TCF alemão mereceu, conforme se podia prever⁶⁷, uma resposta da União na forma de uma ação por incumprimento interposta contra o Estado alemão, nos termos do artigo 258.º TFUE (NGUYEN, 2021).

Em qualquer caso, a tese da reserva da competência das competências da União para os tribunais constitucionais dos Estados-membros, com a inevitável diferenciação de posições nacionais, contraria diretamente os Tratados, que confia essa competência ao TJUE, como tribunal constitucional da União, através de decisões que vinculam as instituições da União. Tem a razão MAYER (2020: 1117), quando defende que desde *Maastricht*, o TCF alemão utiliza um “*trick*”, ao argumentar que está apenas a interpretar o próprio direito constitucional alemão – isto é, a «*reach of the powers transferred and transferrable to the EU under the German constitution*» – e não o direito da União, competência que está exclusivamente reservada para o TJUE, o que na verdade resulta numa

⁶⁷ Vide MAYER (2020: 1125).

interpretação alternativa – «*a Karlsruhe version*» – do direito da União Europeia. Argumenta MAYER, que, dado que a interpretação do direito da União Europeia está vedada aos Estados-membros nos termos do artigo 344.º do TFUE, é a própria interpretação do TCF alemão, a qual visa detetar atos *ultra vires*, torna-se *ultra vires* em si mesma, em razão da sua desconformidade perante os Tratados.

e) Os “princípios fundamentais de Estado de Direito democrático”

Por “princípios fundamentais de Estado de Direito democrático” falamos do inciso final no artigo 8.º n.º 4 da CRP, o qual surge na nossa ordem constitucional em virtude da 6.ª revisão constitucional em 2004. Antes desta revisão, conforme explica BRITO (2002: 305), o primado do direito da União, «*bem aceite pelos tribunais portugueses*», decorria «*da norma do artigo 8.º n.º 2 da Constituição, que estabelece uma cláusula de recepção automática do direito internacional convencional*», embora esta só fosse aplicável para o direito originário da União – sendo o primado do direito derivado assegurado pela leitura do n.º 3 do artigo 8.º, relativo às «*normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais*». Apenas com a inserção do n.º 4 deste artigo, é que se faz menção explícita ao direito da União Europeia – compreendendo os Tratados e as «*normas emanadas pelas suas instituições, no exercício das respetivas competências*» –, adicionando-se, igualmente, cláusula sobre o respeito pelos princípios fundamentais de Estado de direito democrático. Veja-se que, mesmo entre nós, a questão foi amplamente debatida pela doutrina constitucional até ao recente acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional (TC, Proc. 528/2017, 2020) que veremos adiante.

O n.º 4 do artigo 8º tem claramente duas partes, (i) uma em que reconhece implicitamente a aplicação direta e a primazia do direito da União, nos termos nele mesmo estabelecidos e (ii) uma cláusula limitativa, que salvaguarda os princípios fundamentais do “Estado de direito democrático”. Sendo clara a remissão para a noção do artigo 2.º da CRP, é no entanto de sublinhar que a Constituição não salvaguarda esse princípio nos termos concretos configurados na CRP, mas somente os seus “princípios fundamentais”, ou seja, as bases da democracia liberal-representativa e o núcleo duro dos direitos fundamentais (e não todos eles em especial).

Na análise a este preceito, Cristina QUEIROZ, numa perspetiva marcadamente constitucionalista, defendendo que «*o artigo 8º/4 da Constituição da República “abre” a ordem jurídico-constitucional à “primazia” e “aplicabilidade directa” do direito*

comunitário. Mas traça-lhe ao mesmo tempo os respectivos limites (...) [e] impõe uma obrigação de respeito aos “princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático”» (QUEIROZ, 2009: 414-415), posição subscrita por Galvão TELES, «em relação à protecção dos princípios fundamentais de Estado de Direito Democrático, no qual em inspiração do artigo 2º da C.R.P., a violação de qualquer um destes princípios implicaria a desaplicação do Direito Comunitário» (TELES, 2005: 6-8).

Com uma perspectiva pluralista, Alessandra SILVEIRA explica que não se trata de uma questão de hierarquia entre ordens constitucionais, mas sim de «pluralidade», pelo que a primazia – a qual está contida nos termos definidos pelo direito da União – não mais será do que uma «prevalência aplicativa em benefício da própria funcionalidade sistémica» (SILVEIRA, 2011: 133).

Por sua vez, CANOTILHO & MOREIRA (2014: 270) apresentam uma explicação bastante clara sobre a derrogação que o artigo 8.º n.º 4 faz das «normas constitucionais de garantia da Constituição em relação ao direito comunitário, não valendo para este a norma do art. 277.º-1 da CRP, segundo a qual “são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”». A resposta mais conciliadora parece encontrar-se no ensinamento de GORJÃO-HENRIQUES (2019: 390) com o qual concordamos, porquanto «constituindo os princípios do Estado de Direito democrático princípios gerais de direito da UE correspondentes às tradições constitucionais comuns aos Estados membros, uma tal situação não deixará de ser puramente virtual, considerando a submissão do próprio direito originário da UE a esses princípios». Esta opinião encontra, aliás, o seu eco na jurisprudência *Nold* (TJUE, Proc. 4/73, 1974, cons. 13)⁶⁸, porquanto as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros fazem parte integrante do direito da União.

Da nossa parte, compreendemos que a cláusula do respeito pelos princípios fundamentais de Estado de Direito Democrático do artigo 8.º n.º 4 da CRP visa a proteção do princípio democrático e do núcleo constitucional dos direitos fundamentais como limites concretos à aplicação na ordem interna dos Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, configurando-se como um crivo de proteção destes princípios. Tal interpretação remeter-nos ia para uma posição pan-sistémica (servindo-se das disposições existentes a nível da União sobre a matéria, em acréscimo das disposições internas) de respeito pelos direitos fundamentais. Aliás, esta leitura encontraria uma

⁶⁸ *Vide supra* Cap. 2.3.2. a)

importante semelhança com a possibilidade de atribuir a *proteção mais extensa* prevista no artigo 52.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)⁶⁹. Acresce, *in extremis*, apontar que o problema do conflito constitucional parece desvitalizado, face à crescente proteção dos direitos fundamentais pelo Direito da União e pela submissão interna deste às tradições constitucionais⁷⁰ dos Estados-membros (Caramelo GOMES, 2009: 229-230).

Ainda assim, este debate que se mantinha puramente académico acabou por ter a contribuição do nosso Tribunal Constitucional (em diante TC), o qual a 15 de julho de 2020 se pronunciou pela primeira vez sobre «*a dimensão específica da questão do primado que relaciona as normas de DUE (...) com as normas constitucionais nacionais*» (TC, Proc. 528/2017, 2020, cons. 2.5). Não é então de estranhar que o TC se tenha referido ao inciso final do artigo 8.º n.º 4 como *uma «exceção à limitação (...) decorrente do trecho inicial da mesma norma»* (TC, Proc. 528/2017, 2020, cons. 2.5.1), isto é, exceciona a limitação dos poderes soberanos *transferidos dos Estados para a União* – em determinadas matérias – com o respeito *dos princípios de Estado de direito democrático* pela União, traduzindo essencialmente a mesma lógica contida na teoria dos contralimites.

O TC retira então, de um modo bastante óbvio, do conteúdo final do artigo 8.º n.º 4, a solução apresentada pelo Tribunal Constitucional italiano em *Frontini* (Corte Cost, Proc. 183/1973, 1973). No entanto, o TC vai mais longe, começando por assumir que, sem prejuízo da sua cláusula final, o art. 8.º, n.º 4, da CRP garante *imunidade constitucional* ao direito da União na ordem constitucional interna, impedindo o TC de sindicar as normas de direito da União em sede de fiscalização da constitucionalidade nos termos dos artigos 228º e 281.º da CRP⁷¹.

⁶⁹ Disposição que faz equivaler o *sentido e o âmbito* da proteção prevista na CDFUE à presentes na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), não obstante, porém, a que a CDFUE confira uma proteção mais ampla.

⁷⁰ A solução encontrada em *Nold* não terá sido, compreendemos olhando para a história, verdadeiramente inédita. Soluções em que um direito *supranacional* reconhece a existência de uma tradição constitucional pré-existente num Estado e a aplica como tal, não são desconhecidas. Mencionamos desde já, a bula *Grandi non immerito* de Inocêncio IV, no qual é atribuída a *curadoria* do Reino de Portugal a D. Afonso III através do reconhecimento e aplicação da regra de sucessão existente constante nas cortes de Lamego – documento de valor constitucional do Reino de Portugal, e à qual o Papa faz menção por *iure regni* (MOREIRA & DOMINGUES, 2020).

⁷¹ Veja-se que, fruto da 6.ª revisão constitucional, também o n.º 6 do art.º 7 recebeu no seu texto normativo a referência de cariz limitativo – ou diga-se, contralimitativo – «*ao respeito pelos princípios fundamentais de estado de direito democrático*», o que parece certamente oportuno, dado que, como o TC explica, também se sinaliza a potencial alocação do exercício de poderes necessários à construção e ao aprofundamento do projeto europeu.

Quanto à cláusula desse preceito *in fine*, o TC compreende existir uma relação de «*complementaridade consequencial*» entre o artigo 7.º n.ºs 5 e 6, e o artigo 8.º n.ºs 2, 3 e 4 (TC, Proc. 528/2017, 2020, cons. 2.6.1.), recorrendo à exposição de AMARAL (2012: 413): «*no artigo 7.º n.ºs 5 e 6, da CRP se consagram os fundamentos da participação de Portugal na União, no artigo 8.º n.ºs 2,3 e 5, estabelecem-se as consequências jurídicas dela decorrente...*». Conforme explica o TC, aliás, a «*incidência*» no artigo 8.º n.º 4 das opções políticas previstas no artigo 7.º n.º 6, entre outras, é explicada pela antevisão da aprovação do projeto de Constituição europeia de 2004, o qual consagrava explicitamente, no seu artigo I-6.º, a primazia das normas de direito da União, a qual, não tendo acontecido – e não obstante a inclusão da declaração n.º 17 em anexo ao TFUE, relativa ao *valor do primado do direito comunitário* – não é despiciendo, em razão de este princípio continuar vigente por via de interpretação jurisprudencial.

Foi então em razão do valor dado ao primado pelo ordenamento jurídico da União, independentemente da sua não consagração no texto constitucional europeu, que motivou a revisão constitucional de 2004 a consagrar os *princípios de estado de direito democrático*, como limite ou, nas palavras do TC, como «*condição (...) à projeção interna do DUE, nos seus próprios termos*» (TC, Proc. 528/2017, 2020, cons. 2.6.2).

Desta forma, o TC admite a possibilidade de fiscalizar a compatibilidade entre o direito da União diretamente aplicável e a Constituição, quanto ao aspeto em causa, levando, em caso de desconformidade, a uma recusa de aplicação – «*ativação do contralimite que subjaz ao trecho final do n.º 4 do artigo 8.º*» –, mas somente se aquele for incompatível com «*um princípio fundamental de Estado de direito democrático que nesse âmbito (...) não goze de um valor materialmente paramétrico equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição da República Portuguesa*» (TC, Proc. 528/2017, 2020, cons. 2.7).

Todavia, deste ponto retira o TC uma segunda leitura, *a contrario sensu*, isto é, estando em causa a apreciação de uma norma de direito da União que *goze ao nível do direito constitucional da União do mesmo valor paramétrico que os princípios de Estado direito democrático* reconhecidos na Constituição, nenhuma fiscalização ocorrerá, abstendo-se o TC de conhecer da alegada constitucionalidade da norma. Este ponto do raciocínio do TC é muito relevante, porque, evocando implicitamente a doutrina *Solange* do TC alemão, o Tribunal considera mais importante saber se a União compartilha dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e tem condições para os fazer valer (nomeadamente através do TJUE) do que em saber, em cada caso concreto, se a norma da

União respeita todos os aspetos específicos do Estado de direito democrático, tal como garantido na CRP. Ora, não restam dúvidas, hoje em dia, depois do Tratado de Lisboa, de que a *constituição da UE assegura os princípios fundamentais do Estado de direito democrático*, quer na sua vertente democrática (cfr. artigos 2.º e 9.º e ss. TUE), quer na vertente do Estado de direito em sentido estrito, ou seja, direitos fundamentais, independência judicial, etc. (cfr. artigos 2.º, 6.º, etc. TUE e CDFUE).

É de notar, assim, que o TC tenha recusado haver qualquer violação desse limite no caso *sub iudice*, por não ter sido demonstrado que a norma de direito da União em causa - o artigo 19.º n.º 1 al. a) do Regulamento (CEE) 2220/85, que alegadamente violava o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da CRP – não esteja sujeita na União a um *standard garantístico* parametricamente equivalente ao que resulta dos princípios de Estado de direito democrático dos artigos 7.º n.º 6 e 8.º n.º 4 da CRP.

E daqui salta à vista o que consideramos ser o critério diferenciador – por expansão dos critérios adjudicatórios – da decisão do TC (TC, Proc. 528/2017, 2020) em relação a *Frontini* (Corte Cost, Proc. 183/1973, 1973), *Solange I* (BVerfGE, Proc. n.º 2 BvL 52/71, 1974), *Maastricht* (BVerfGE, Procs. 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92, 1993) e *Lisboa* (BVerfGE, Proc. n.º 2 BvE 2/08, 2009), isto é, o TC determina a sua competência para conhecer de matérias «*em que estão em causa compromissos constitucionais cuja garantia, pela sua essencialidade ou particularidade, só pode ser eficazmente assegurada pelo guardião da Constituição (...) com base afirmativa contida nos artigos 5.º e 6.º da CRP, e é salvaguardado, aliás, entre outros aspetos, pelo artigo 4.º, n.º 2 do TUE [respeito pela identidade nacional e constitucional dos Estados-membros]. (...) Trata-se de domínios em que, por natureza, o TJUE não pode assegurar um controlo funcionalmente equivalente e que extravasam da convenção [sobre] “[...] exercício, em comum, em cooperação ou pela instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia”*», a que se refere a CRP (TC, Proc. 528/2017, 2020, cons. 2.6.4.1).

Em conclusão, na sua interpretação do critério ou crivo previsto no artigo 8.º n.º 4 *in fine* da CRP, o TC constrói a sua própria determinação dogmática, usando a teoria dos contralimites como mesa de trabalho, na qual “encaixa” a sua competência para conhecer exclusivamente da conformidade constitucional do direito da União face aos princípios de Estado de direito democrático constitucionalmente consagrados, *somente quando o próprio direito constitucional da União não ofereça garantias equiparadas*.

2.4. Os tribunais nacionais como garantes do respeito pelo Direito da UE

2.4.1. A tutela jurisdicional efetiva

Conhecido largamente pela doutrina como o *direito ao juiz*⁷² e hoje previsto sob o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o princípio da tutela jurisdicional efetiva corresponde, em larga medida, ao direito de acesso aos tribunais e outros meios de resolução de conflitos previstos na ordem institucional dos Estados-membros (cfr. artigo 20.º, CRP). Todavia, no âmbito do Direito da União este princípio vai mais longe, dado que funciona como um garante de *aplicação plena e eficaz* (QUADROS, 2013: 689). Quer-se com isto dizer que, perante uma violação do Direito da União, não poderá ser retirado ao particular – independentemente do meio – o direito de levar a sua causa perante o TJUE, se se tratar de um ato da União, ou de uma jurisdição nacional, se se tratar de um ato nacional em aplicação do direito da União.

Esta garantia do acesso à tutela jurisdicional efetiva é cumprida na *dualidade de competências do juiz nacional*.⁷³ Como se indicou, ao contrário dos ordenamentos constitucionais tipicamente federais, em que existe uma clara repartição de competências jurisdicionais entre Tribunais estaduais e federais, no ordenamento jurídico da União Europeia, o qual é arguivelmente de tipo federal, a organização judicial toma um caminho diferente. Neste âmbito, existe o Tribunal de Justiça da União Europeia, que toma uma posição central⁷⁴, com claras competências para interpretar e apreciar da validade do Direito

⁷² «Para este efeito, o controlo jurisdicional constitui uma garantia fundamental: o direito de recurso aos tribunais é inerente ao Estado de Direito» (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. 222/84, 1986 : 1656). Esta configura-se como a primeira vez que o termo “direito ao juiz” foi proferido para explicar a vertente do acesso ao controlo jurisdicional da correta aplicação do Direito da União. Mas que, como se compreenderá, não aborda questões jurídicas relacionadas com matéria de cooperação intergovernamental, como as da cooperação no âmbito policial e matéria penal. Vide GUILLOUD (2012, *passim*). O que poderá parecer à primeira vista como lacunoso, não fosse *post-Maastricht*, feita uma separação das políticas de integração supranacional e das políticas de cooperação intergovernamental. Vide ainda PROENÇA (2017) para um estudo aprofundado sobre a tutela jurisdicional efetiva.

⁷³ Face às *novas* competências atribuídas pelo direito da União Europeia, fará sentido que se considere que o juiz nacional passa a ter dualidade de competências. Quer-se com isto dizer que, perante matéria de direito da União, o juiz nacional encontra-se obrigado perante um conjunto específico de competências como juiz ordinário europeu – sem prejuízo das suas funções preexistentes como juiz nacional, devendo respeitar os princípios da *equivalência* e da *efetividade* (Caramelo GOMES, 2006: 79-81).

⁷⁴ Aliás, o termo *centro* será sempre preferível a qualquer adjetivo que determine uma posição de altitude, sem prejuízo das teorias da constitucionalidade multinível. Não se pode corretamente falar de hierarquia sequer, pois na verdade o estamos perante um terreno plano, no qual as normas de Direito irradiam do centro para as áreas circundantes. Estamos neste ponto de acordo com Rui Moura Ramos, quando indica que o Tribunal de Justiça é a «*jurisdição central (...) dotada de uma função própria, constituindo os órgãos jurisdicionais nacionais (...) um outro eixo*» (RAMOS, 2002: 85).

da União, funcionando como tribunal constitucional e administrativo em relação aos atos da União, existindo depois todos os outros órgãos jurisdicionais, inseridos na organização dos vários Estados, e por via da sua integração na União, pertencendo também ao ordenamento jurídico desta. Aliás, como aponta R. Moura RAMOS (2002:85), a criação direta de direitos e obrigações para os Estados-membros e para os seus nacionais, implicada na construção jurídica comunitária, irá obrigatoriamente resultar na entrega do exercício jurisdicional, não apenas aos órgãos criados pelos Tratados, mas também aos órgãos jurisdicionais nacionais. Ora, será neste sentido, que cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais, no âmbito das suas funções como verdadeiros juizes comunitários ordinários, fazerem valer os direitos atribuídos aos cidadãos pelo direito da União⁷⁵.

Este conceito foi trabalhado jurisprudencialmente pela primeira vez no acórdão *Johnston* (TJUE, Proc. 222/84, 1986). Neste caso, a senhora Marguerite Jonhston, membro da *Royal Ulster Constabulary* (polícia da Irlanda do Norte), foi alvo de discriminação em razão de género. Por razões sociais, os polícias no Reino Unido não andam armados. No entanto, com a crescente ameaça terrorista do IRA, foi atribuída permissão aos polícias do sexo masculino de uso e porte de arma de fogo. Este direito não foi atribuído às mulheres em exercício de funções equivalentes com fundamento no direito interno britânico por razões de segurança de Estado e de ordem pública. Acontece que, chegada a altura de renovação do seu contrato de trabalho, a *Royal Ulster Constabulary* decidiu não renovar o contrato à Sra. Johnston com fundamento em renovação exclusiva a polícias que possam utilizar arma de fogo. A decisão foi impugnada junto do *Industrial Tribunal*, por violação do *Sex Discrimination Order 1976* (Direito interno) e da *Diretiva 76/207/EEC*.

O *Chief Constable*, em representação da RUC, juntou uma certidão que indicava que a não renovação se devia a «razões de segurança de Estado e de ordem pública» –, o que no âmbito do direito processual britânico faz prova plena dos factos e que, por sua vez, impede o órgão jurisdicional de sequer conhecer da matéria. Neste sentido, pressentindo uma incompatibilidade entre essa regra de direito interno e o direito que decorria da diretiva invocada, procedeu a *reenvio prejudicial* para o TJUE, por força do artigo 177.º do TCEE (267.º TFUE).

No reenvio, para além do pedido de *interpretação* das disposições da diretiva, perguntava-se também se, com fundamento numa regra de *segurança de Estado e de ordem*

⁷⁵ «[O]s Tratados basearam-se numa linha de demarcação que, reconhecendo aos tribunais nacionais o estatuto de tribunais comuns do sistema comunitário, caracteriza a competência da jurisdição comunitária como uma competência de atribuição» (RAMOS, 2002:85).

pública decorrente do direito interno, poderia o órgão jurisdicional nacional ser impedido de conhecer de violações de direitos decorrentes de atos legislativos da União. Conforme se retira da 1.^a questão apresentada pelo *Industrial Tribunal*:

«Deve a Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da proporcionalidade de tratamento entre homens e mulheres (JO 1976, L 39 p. 40) a seguir designada por «directiva», tanto em si mesmo como à luz das circunstâncias descritas na exposição dos factos feita de comum acordo no presente processo, ser interpretada no sentido de permitir aos Estados-membros excluir do campo de aplicação da directiva actos de discriminação em razão do sexo relativamente ao acesso ao emprego, praticados com o fim de salvaguardar a segurança do Estado ou de garantir a ordem ou a segurança públicas?» (TJUE, Proc. 222/84, 1986, cons. I. C. 3).

A resposta foi bastante clara. Ao contrário daquilo que fora alegado pelo Reino Unido nas suas observações, de que os Estados-membros possuiriam a capacidade de derrogar o princípio de igualdade de género com fundamento na sua segurança interna – e portanto, conforme as derrogações previstas no Tratado, como é o caso do artigo 224.º TCEE (347.º TFUE), o Tribunal de Justiça acabaria por aceitar as observações da Comissão, porquanto o controlo jurisdicional a qualquer derrogação (em especial a do artigo 224.º TCEE) de *um princípio fundamental do direito comunitário* não poderia ser excluído.

O TJUE fundamentou-se então, nas seguintes considerações: a primeira decorre da própria leitura da diretiva em causa, onde o seu artigo 6.º *«impõe aos Estados-membros a obrigação de introduzirem na sua ordem jurídica interna as medidas necessárias para permitir a qualquer pessoa que se considere vítima de uma discriminação “fazer valer judicialmente os seus direitos”»* (TJUE, Proc. 222/84, 1986, cons. 17) – portanto, a existência de um controlo jurisdicional; a segunda consideração é que este mesmo controlo *«é a expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns dos Estados-membros»* (TJUE, Proc. 222/84, 1986, cons. 18), para além de estar presente nos artigos 6.º e 13.º da CEDH; a terceira consideração interpreta o artigo 6.º da Diretiva recorrendo ao princípio em questão, ou seja, *«todas as pessoas têm direito a um recurso efectivo para o órgão jurisdicional competente contra actos que considerem que atentam contra o princípio da proporcionalidade de tratamento entre homens e mulheres estabelecido na Directiva 76/207»* (TJUE, Proc. 222/84, 1986, cons. 19).

Essas considerações levam a que o Tribunal de Justiça determinasse que este princípio – que consagra um controlo (tutela) jurisdicional efetivo – presente na diretiva, impedisse que, por um lado, fosse derogado o princípio da proporcionalidade no tratamento entre homens e mulheres e que, por outro lado, fosse excluído dos órgãos jurisdicionais nacionais o poder de controlar a legalidade de qualquer derrogação, por parte de uma autoridade nacional, de princípios fundamentais ao Direito da União.

Assim, por acórdão datado de 15 de Maio de 1986, o Tribunal de Justiça respondeu à primeira questão da seguinte forma:

«O princípio do controlo jurisdicional efectivo consagrado pelo artigo 6.º da Directiva 76/207 do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, opõe-se a que seja reconhecido um valor de prova inelidível, excluindo qualquer possibilidade de controlo pelo juiz, a um certificado de uma autoridade nacional que declara que se verificam as condições exigidas para a derrogação do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres com a finalidade de garantir a segurança pública. A disposição do artigo 6.º, segundo a qual qualquer pessoa que se considere vítima de uma discriminação entre homens e mulheres deve poder dispor de um recurso jurisdicional efectivo, pode ser invocada pelos particulares contra o Estado-membro que não assegure a sua integral aplicação na sua ordem jurídica» (TJUE, Proc. 222/84, 1986, dec. 1).

A lógica por detrás desta decisão é a mesma que está por trás da primazia do direito da União, embora de um ponto de vista probatório, isto é, não pode o Estado, com fundamento em regras processuais nacionais, impedir o conhecimento de violações de direito da União (COMISSÃO EUROPEIA, 2009: 83). Sobre este direito, aponta HARTLEY (2003: 141), ser o ponto no desenvolvimento do ordenamento jurídico-comunitário, em que se estabelece uma correspondência – inicialmente por inspiração jurídico-constitucional através das constituições dos Estados-membros, mais tarde por adesão expressa⁷⁶ – com o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o qual, como vimos acima, consagra o *direito a um processo equitativo*. Ou seja, *Johnston* (TJUE, Proc. 222/84, 1986) afigura-se como a expressão comunitária do direito ao acesso aos tribunais, para conhecimento das violações dos direitos dos seus cidadãos.

⁷⁶ Do lado da União Europeia o art.º 6.º n.º 2 e 3 do Tratado da União Europeia, do lado do Conselho da Europa - Protocolo n.º 14 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, introduzindo alterações no sistema de controlo da Convenção.

O acesso, como se indicou, terá de ser feito ao nível nacional, não cabendo competência ao TJUE para efetivamente julgar litígios entre particulares e os Estados nacionais ou emergentes das relações privadas, mesmo que esteja em caso aplicação de normas comunitárias

2.4.2. O conhecimento officioso do direito da União

No seguimento das obrigações que se apresentaram anteriormente, que cumprem, de um modo geral, o propósito de efetividade relativo à interpretação e aplicação do direito da União, encontramos o estabelecimento da obrigatoriedade de conhecimento officioso do direito da União aplicável por parte dos tribunais nacionais. Assim, estando largamente estabelecidos os poderes das jurisdições nacionais na realização da função concretizadora dos direitos atribuídos aos particulares pelo direito da União *au pair* da obrigação de reenvio para interpretação das normas aplicáveis, tal como da obrigação de afastamento das normas nacionais desconformes com aquelas, faltava o estabelecimento de uma obrigação que assegure o conhecimento officioso do direito da União, incumbindo aos tribunais nacionais o seu conhecimento.

Na verdade, na sua génese, o surgimento de questões de direito da União competia exclusivamente às partes, sendo o seu conhecimento provocado – decorrência direta da autonomia processual dos Estados-membros⁷⁷ – com o respeito devido pelo princípio da equivalência e da efetividade (ENGSTRÖM, 2008: 68). No entanto, como aponta ENGSTRÖM, a realização do princípio da efetividade teria mais sucesso com a existência de uma obrigatoriedade officiosa de conhecimento (juntamente com a aplicação) dos tribunais nacionais, relativa ao direito da União.

A questão do conhecimento *ex officio* foi inicialmente colocada em *Van Schijndel* (TJUE, Proc. C-430/93 e C-431/93, 1995). Neste processo, a parte interessada apenas invocara o direito da União aplicável num momento tardio no processo, isto é, já em sede de recurso e perante o Supremo Tribunal dos Países Baixos (*Hoge Raad der Nederlanden*). Este

⁷⁷ Sobre o princípio da autonomia processual dos Estados-membros elabora HOSKINS que este serve para criar um «*balance between the supremacy of Community law and the need for procedural rules*» (HOSKINS, 1996: 366). Na verdade, compreendemos que este princípio está intimamente ligado, e é uma decorrência do modelo jurídico-confederalista aplicado na União Europeia. O papel de aplicador do direito da União atribuído ao juiz nacional virá certamente com o respeito pelas normas processuais vigentes nos Estados. Aliás, tal é explicado pelo TJUE pela primeira vez em *Rewe* (TJUE, Proc. 33/76, 1976). Este princípio encontra os seus limites, todavia, no princípio da equivalência. (TJUE, Proc. 33/76, 1976, cons. 5).

órgão jurisdicional, compreendendo que, em respeito pelas regras processuais internas, não poderia conhecer de matéria de facto⁷⁸, mas apenas, nas palavras da jurisdição nacional, «quando versem sobre matéria de direito», suspendeu a instância e suscitou a seguinte questão prejudicial:

«1) Deve o Tribunal nacional, num processo civil que tem por objecto a livre disposição de direitos e obrigações que pertencem às partes, aplicar a alínea f) do artigo 3.º e os artigos 5.º, 85.º e 86.º e/ou 90.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia quando o litigante interessado na sua aplicação os não invocou?

2) Caso se deva responder pela afirmativa à primeira questão, é esta resposta válida mesmo no caso de o tribunal, procedendo desse modo, infringir o princípio dispositivo a cujo respeito está obrigado, pois que desse modo a) actuará fora dos limites do litígio como foi circunscrito pela partes e/ou b) deverá procurar fundamento noutros factos e circunstância, diferentes daqueles em que fundou o seu pedido a parte interessada na referida aplicação?» (TJUE, Proc. C-430/93 e C-431/93, 1995, cons. 2)

A questão prendia-se então com a posição passiva – *princípio do dispositivo* – que os tribunais assumem face a questões de direito contratual, ou seja, regra geral os tribunais apenas poderão conhecer e julgar dentro do objeto do litígio trazido para o processo pelas partes, como indica o TJUE : «o princípio do dispositivo, nos processos que respeitam a direitos e obrigações cíveis de que as partes livremente dispõem, implica que o suprimento da fundamentação de direito não obriga o juiz a sair dos limites do litígio como este foi circunscrito pelas partes nem a procurar fundamento em factos e circunstância diferentes dos que servem de fundamento ao pedido» (TJUE, Proc. C-430/93 e C-431/93, 1995, cons. 16).

Neste momento devemos considerar a ratio com que funciona o princípio da equivalência na sua faceta jurisdicional, isto é, não devem os Estados discriminar com base nas fontes de direito invocadas, tratando as disposições de direito da União da mesma forma como trata as normas de direito nacional (HAVELKA, 2014: 133). Esta obrigação deriva da atribuição de competência vinculada aos Estados-membros para aplicar o Direito da União, ampliando «consideravelmente os poderes do juiz» (SILVEIRA, 2011: 104). Ora, como

⁷⁸ «[N]o direito neerlandês, a natureza do recurso de cassação implica que só podem ser invocadas novas alegações quando versem sobre matéria de direito, ou seja, não exijam uma nova análise da matéria de facto» (TJUE, Procs. C-430/93 e C-431/93, 1995, cons 11).

formula o Tribunal de Justiça, a existência de normas de direito da União diretamente aplicáveis, vinculantes para o Estado e os seus organismos, só por si, , determina que perante a existência de discricionariedade judicial sobre o conhecimento de regras do direito interno, obriga esses órgãos jurisdicionais a conhecer também sobre as normas comunitárias diretamente aplicáveis.⁷⁹

Esta lógica, o respeito pela passividade dos órgãos jurisdicionais obrigaria in casu a uma desvalorização do princípio da equivalência, tornando excessivamente difícil a realização dos objetivos das disposições visadas. No entanto, o direito da União Europeia não exige aos Estados um tratamento diferenciado daquele que é dado ao direito nacional, pelo que, no âmbito de um processo que trata de matéria cível em que cabe às partes determinar o objeto do litígio, não é exigível que os tribunais nacionais se afastem deste para conhecer de uma violação dos preceitos europeus.

«[N]um processo relativo a direitos e obrigações cíveis de que as partes livremente dispõem, compete ao tribunal nacional aplicar a disposições dos artigos 3.º, alínea f), 85.º, 86.º e 90.º do Tratado CEE, mesmo quando a parte que tem interesse na respetiva aplicação as não tenha invocado, caso o direito interno lhe permita essa aplicação.

Nestas condições, há que responder que o direito comunitário não impõe que os órgãos jurisdicionais nacionais suscitem oficiosamente um fundamento assente na violação de disposições comunitárias, quando a análise desse fundamento os obrigue a abandonar o princípio do dispositivo a cujo respeito estão obrigados, saindo dos limites do litígio como foi circunscrito pelas partes e baseando-se em factos e circunstâncias diferentes daqueles em que baseou o seu pedido a parte que tem interesse na aplicação das referidas disposições...» (TJUE, Proc. C-430/93 e C-431/93, 1995, cons. 15 e 22).

Trata-se de uma ratio que consagra o respeito às regras processuais internas se estas tratarem com o mesmo respeito e de igual forma os preceitos de direito da União perante aquilo que será o tratamento do direito interno. Uma vez que o direito interno, em matéria cível, não obrigaria o tribunal nacional a conhecer de um fundamento trazido tardiamente

⁷⁹ «Deve salientar-se que as regras de concorrência referidas pelo órgão jurisdicional nacional são vinculativas e directamente aplicáveis na ordem jurídica interna. Uma vez que, por força do direito nacional, os órgãos jurisdicionais devem suscitar oficiosamente os fundamentos de direito que decorre de uma norma interna vinculativa, que não tenham sido adiantados pelas partes, igual obrigação se impõe relativamente às normas comunitárias vinculativas...» (TJUE, Procs. C-430/93 e C-431/93, 1995, cons. 13).

para o processo, o direito da União não exigia, em respeito pelo princípio da equivalência, que igual tratamento lhe fosse aferido. É uma lógica que, de certo modo, deveria estabelecer o que seria um entendimento estanque sobre a obrigatoriedade de conhecimento oficioso – não fosse a pronúncia do acórdão Peterbroeck (TJUE, Proc. C-312/93, 1995) no mesmo dia –, o que gerou bastante polémica dado o seu conteúdo.⁸⁰

Em Peterbroeck, encontramos um litígio que opunha a sociedade neerlandesa *Continentrale & Britse Trust BV (CBT)* ao Estado belga. Através da participação que detinha na Peterbroeck, sociedade situada na Bélgica, a CBT retirou rendimentos que foram sujeitos a carga tributária para particulares não residentes. Não se conformando com a tributação, que considerou como inadequada, Peterbroeck, em representação de CBT, recorreu para o diretor geral das contribuições diretas, que indeferiu o recurso, levando a sociedade a recorrer para a *Cour d'Appel de Bruxelles*. Perante o órgão jurisdicional nacional, Peterbroeck alegou que a atuação da autoridade tributária violava o artigo 52.º TCEE (49.º TFUE), pois impunha uma restrição à liberdade de estabelecimento prevista nesse disposto normativo. A recorrente estaria efetivamente a alegar perante um órgão jurisdicional nacional, invocando nova matéria de direito, algo que não teria feito perante o diretor-geral das contribuições diretas.

Porém, a leitura conjunta dos artigos 278.º, 279.º e 282.º do *code des impôts sur les revenus* (código dos impostos sobre os rendimentos) determinava que, perante o recurso para o tribunal competente, a alegação de nova fundamentação jurídica não previamente alegada para o diretor-geral apenas seria possível no prazo de 60 dias após a decisão deste último. No entendimento da *Cour d'Appel*, encontrar-nos-íamos exatamente perante um caso de extemporaneidade de nova fundamentação jurídica, mas seria possível ainda, entendia este órgão jurisdicional, alegar um restrito número de fundamentos relativos a princípios básicos do Direito, como, por exemplo, o da força de caso julgado.

Desconhecendo se o Direito da União obrigaria os tribunais nacionais a absterem-se de aplicar regras processuais internas de modo a atribuir a maior eficácia possível às normas comunitárias, a *Cour d'Appel* apresentou a seguinte questão prejudicial:

⁸⁰ Caramelo GOMES (2007: 258) classifica a contradição entre os dois acórdãos como «*inexplicável*», mas pressupõe que a diferença poderá estar no facto de que em *Van Schijndel* o TJUE ter classificado a relação como horizontal, ao passo que em *Peterbroeck* a relação é classificada como vertical. Já ENGSTRÖM (2008: 81-82) procura apresentar uma explicação, apontando que o fator de diferenciação poderá ser a utilização do conhecimento oficioso como meio imperativo de proteção da parte mais fraca, dada a especificidade da relação materialmente controvertida dos casos em que este foi obrigatório para os tribunais nacionais.

«O direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que o órgão jurisdicional nacional que, devendo dirimir um litígio respeitante ao direito comunitário, considere que uma norma de direito interno subordina o poder do juiz nacional de aplicar o direito comunitário, de que é guardião, à formulação de um pedido expresso pela parte demandante no litígio, e isto num curto prazo de caducidade, que, no entanto, não se aplica aos pedidos baseados na violação de um certo número – embora restrito – de princípios de direito interno (...) deve afastar a aplicação dessa disposição de direito interno?» (TJUE, Proc. C-312/93, 1995, cons. 10).

A resposta dada pelo Tribunal de Justiça à questão prejudicial formulada em Peterbroeck, parece consagrar, numa primeira análise, exatamente o contrário daquilo que fora estabelecido em Van Schijndel (TJUE, Proc. C-430/93 e C-431/93, 1995), pois os órgãos jurisdicionais nacionais devem, por iniciativa própria, conhecer do direito comunitário aplicável, afastando regras internas incompatíveis, mesmo quando os particulares não suscitam o seu conhecimento. Como vimos, com Van Schijndel, os tribunais nacionais não estariam obrigados a abandonar o princípio do dispositivo para conhecer oficiosamente da aplicação do direito da União, mas em Peterbroeck os mesmos tribunais estão obrigados a esse conhecimento oficioso, quer os particulares tenham ou não invocado o direito da União. A única explicação, passível de admissão para este paradoxo, deverá ser uma determinação de fatores de diferenciação que apontem os casos em que os tribunais internos possuam a obrigação de conhecer ex officio.

O TJUE aponta as seguintes razões para que os tribunais nacionais devam conhecer oficiosamente o direito da União: (i) o facto de o órgão jurisdicional estar inserido no âmbito da administração fiscal – logo não se inserindo no âmbito do artigo 177.º TCE (268.º TFUE); (ii) o decorrer do prazo, que o impedia de conhecer oficiosamente o direito aplicável, já tinha chegado ao seu fim sem culpa imputável ao particular, (iii) da decisão daquele órgão jurisdicional não caberia recurso para outro órgão jurisdicional e (iv) a impossibilidade de os órgãos jurisdicionais conhecerem oficiosamente do direito comunitário aplicável não parecia, *in casu*, justificável por força dos princípios da «segurança jurídica» e da «correta tramitação do processo» (TJUE, Proc. C-312/93, 1995, cons. 17 a 20).

«Assim, deve responder-se à questão submetida pela cour d'appel de Bruxelas que o direito comunitário se opõe à aplicação de uma norma processual nacional, em condições como as do processo principal, que proíbe

o juiz nacional, a quem é submetida uma causa no âmbito da sua competência, de apreciar oficiosamente a compatibilidade de um acto de direito interno com uma disposição comunitária, quando esta última não tenha sido invocada dentro de um determinado prazo pelo particular» (TJUE, Proc. C-312/93, 1995, cons. 21).

Neste âmbito, o fator de diferenciação principal, para além dos vários indicados pelo Tribunal de Justiça, parece ser o facto de que o órgão jurisdicional nacional competente para decidir não se encontrava inserido numa estrutura judicial nos termos clássicos, sendo um órgão fiscal com poderes jurisdicionais (HOSKINS, 1996, p. 374-375). Ou seja, desta dupla de acórdãos do Tribunal de Justiça retira-se, no nosso entendimento, que o respeito pelo princípio da equivalência não deve ser desvirtuado por forma a obrigar indevidamente os tribunais nacionais a conhecerem do direito da União; e que, ao princípio da autonomia processual devem ser impostos os devidos limites, quando, em respeito pelo princípio da efetividade, a função aplicadora dos preceitos comunitários pelos tribunais nacionais fique, de qualquer maneira, comprometida.

A evolução da obrigação de conhecimento oficioso tornou-se uma verdadeira saga dentro da jurisprudência comunitária – com acrescida importância para o princípio da efetividade – com a pronúncia do Tribunal de Justiça em *Oceano* (TJUE, Procs. C-240/98 a C-244/98, 2000).

Nesta decisão, o Tribunal de Justiça pauta-se pela necessidade da quebra da passividade judicial face à aplicação imperativa dos direitos atribuídos aos particulares (ENGSTRÖM, 2008: 81). Os factos nos vários processos remontam- a meados da década de 90, quando a *Oceano Grupo Editorial SA* e a *Salvat Editores SA* celebraram com um conjunto de particulares um contrato de compra e venda de uma enciclopédia que, chegado o momento do vencimento das prestações, os compradores incumpriram. O contrato continha uma cláusula de aforamento, que atribuía competência exclusiva aos tribunais de Barcelona – onde nenhuma das partes possuía residência –, sendo que face ao incumprimento, as editoras recorreram ao Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona para obterem o devido pagamento previsto no contrato.

O tribunal nacional imediatamente suscitou a dúvida da conformidade dessa mesma cláusula com os artigos 3.º n.º 1 e 3 q), 6.º n.º 1, 7.º n.º 1 e 2 e 10.º n.º 1 Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Desconhecendo se possuía competências para conhecer da eventual abusividade dessa

cláusula face à Diretiva, o Juzgado de Primera Instancia submeteu a seguinte questão prejudicial para o Tribunal de Justiça:

«O âmbito de protecção do consumidor nos termos da Directiva 93/13/CEE do Conselho, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, permite ao juiz nacional apreciar oficiosamente o carácter abusivo duma cláusula ao apreciar a questão prévia da admissibilidade duma acção proposta nos tribunais nacionais?» (TJUE, Procs. C-240/98 a C-244/98, 2000, cons. 19).

O Tribunal de Justiça separou as suas considerações sobre a questão colocada em duas partes: (i) que as cláusulas de aforamento contidas em contratos de baixo valor, servem como entrave à presença dos consumidores em litígio, pois, regra geral, obrigando os mesmos a deslocarem-se ao foro competente, estes terão de suportar os custos de deslocação, muitas vezes superiores ao valor em dívida, dissuadindo também qualquer tipo de propositura da ação por parte destes últimos, quando esteja em causa o objeto do contrato; (ii) a segunda parte da resposta prende-se, por um lado, com a frágil posição contratual do consumidor, dado que não lhe é permitido introduzir alterações ao contrato – considerado como meramente de adesão – e com a lógica do custo associado à presença no processo, ou seja, se coubesse aos particulares invocarem a abusividade das cláusulas.

Como explicou o TJUE, «os honorários do advogado podem ser superiores ao interesse em jogo, o que é susceptível de dissuadir o consumidor de defender-se contra a aplicação de uma cláusula abusiva...» (TJUE, Procs. C-240/98 a C-244/98, 2000, cons. 26), acrescentando a exigência por parte da Diretiva 93/13/CEE, no seu artigo 7.º n.º 1, da existência de meios adequados «e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional», justifica que os tribunais nacionais se encontrem vinculados ao conhecimento oficioso do direito da União aplicável ao caso, de modo a dar cumprimento aos objetivos da diretiva⁸¹.

⁸¹ Consideramos curiosa esta passagem, quase despercebida, da decisão: «[r]esulta das considerações precedentes que o órgão jurisdicional nacional é obrigado, quando aplica disposições de direito nacional anteriores ou posteriores à referida directiva, a interpretá-las, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade dessa directiva. A exigência de uma interpretação conforme requer, em particular, que o juiz nacional privilegie aquela que lhe permitirá recusar oficiosamente assumir uma competência que lhe é atribuída por força de uma cláusula abusiva» (TJUE, Procs. C-240/98 a C-244/98, 2000, cons. 32). Encontra-se aqui uma definição – evoluída – do conceito de *interpretação conforme*, obrigando à interpretação do direito nacional anterior ou posterior conforme a «luz do texto e da finalidade da diretiva». Portanto, verifica-se aqui uma tentativa de atribuir efeito indireto horizontal às disposições das diretivas já posteriormente à transposição da Diretiva em questão – quase como se de uma interpretação corretiva se tratasse – ao interpretar o direito nacional posterior à luz da diretiva.

«A proteção que a Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, garante a estes implica que o juiz nacional possa apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula do contrato que lhe foi submetido quando examina a admissibilidade de uma acção instaurada perante os órgãos jurisdicionais nacionais...» (TJUE, Procs. C-240/98 a C-244/98, 2000, dec. 1)⁸².

Não existe aqui uma verificação prévia do respeito pelo princípio da equivalência como em Van Schijndel, restando apenas, nas palavras de Lo Faro (2002: 35) – «a strong affirmation of the need to secure the full effectiveness of Community rules evidently considered as “binding”».

Reduz-se assim, definitivamente, o princípio da autonomia processual face ao princípio da efetividade, com fundamento na necessidade de assegurar a eficácia plena (EBERS, 2010: 826-827)⁸³ aos preceitos de direito da União⁸⁴. Sendo que os tribunais dos estados manterão, no âmbito da sua dualidade de competências como tribunais ordinários europeus, a competência para decidir sobre o método de assegurar a efetividade das normas de direito da União em questão (Lo Faro, 2002: 34-35)⁸⁵.

⁸² Consideramos que as versões em português, castelhano e francês da decisão são infelizes na linguagem contida na parte decisória do mesmo: «garante a estes implica...», uma melhor leitura se retira da versão em inglês, pela simplicidade na exposição: «[t]he protection provided for consumers (...) on unfair terms in consumer contracts entails the national court...»

⁸³ «effective protection required by the Directive...»

⁸⁴ «The Court regarded that power as necessary for ensuring effective consumer protection. It expressed concern that there was a real risk that the consumer would be unaware of its rights or encounter difficulties in enforcing them» (EBERS, 2010: 826-827).

⁸⁵ Nas palavras deste autor: «As for the concrete modalities whereby ex officio application of Community law may be carried out, the Court made it clear that it may occur either through an application of direct effect or through the adoption of a Community-law-consistent interpretation of national legislation». Esta lógica encontra-se plasmada num acórdão do mesmo ano – *Fazenda Pública v. Câmara Municipal do Porto* (TJUE, Proc. C-446/98, 2000, cons. 48): «[e]sta faculdade de suscitar oficiosamente uma questão de direito comunitário pressupõe que, segundo o juiz nacional, se deve aplicar o direito comunitário, deixando inaplicado se for caso disso, o direito nacional, quer interpretar o direito nacional em conformidade com o direito comunitário...»

2.5. O incidente prejudicial sobre a interpretação e validade do Direito da UE

2.5.1. O regime do artigo 267.º TFUE

Atualmente previsto no artigo 267.º do TFUE⁸⁶, o mecanismo de reenvio prejudicial configura-se como a mais importante peça no sistema jurisdicional da União Europeia, principalmente em razão de entregar ao TJUE competências para interpretar não só os Tratados – o *direito originário* –, como os restantes atos das instituições, órgãos e organismos da União – o *direito derivado* – e julgar sobre a sua validade à luz da ordem constitucional da União. A preocupação com o mecanismo do reenvio prejudicial é a de garantir que o direito da União seja interpretado e conseqüentemente aplicado de forma uniforme no território da União⁸⁷. Por outras palavras, conforme indica GORJÃO-HENRIQUES (2019: 476), «[c]ompete, assim, aos Estados membros assegurar a efetividade das normas da União Europeia e a plena eficácia da realização interna dos objetivos dos tratados». Com efeito, o mecanismo de reenvio prejudicial deve ser dividido em duas partes, a primeira atendendo às competências exclusivas do TJUE para conhecer da interpretação e da validade do direito da União e a segunda atendendo ao mecanismo de reenvio – a utilizar pelos tribunais nacionais –, em sentido próprio.

⁸⁶ O mecanismo do reenvio prejudicial conheceu a luz do dia nos artigos 31.º e 41.º do TCECA, com o Tribunal de Justiça a «assegurar o respeito pela interpretação e aplicação do presente Tratado e dos regulamentos de execução» assim como a ser «exclusivamente competente para decidir, a título prejudicial, sobre a validade das deliberações da Alta Autoridade e do Conselho, num caso em que perante um tribunal nacional se coloque em causa essa validade», NT (do original em língua francesa): «La Cour assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité et des règlements d'exécution.» e «La cour est seule compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil, dans le cas où un litige porté devant un tribunal national mettrait en cause cette validité». Portanto, apenas era possível solicitar prejudicialmente o Tribunal de Justiça para questões de validade, sendo o reenvio obrigatório (GORJÃO-HENRIQUES, 2019: 493). Já em 1957 com a assinatura do Tratado de Roma, o mecanismo do reenvio prejudicial surge no artigo 177.º TCEE e é renumerado no Tratado de Amsterdão para o artigo 234.º, mantendo em toda a sua existência pré-Tratado de Lisboa, uma configuração semelhante à que atualmente encontramos no artigo 267.º TFUE, à exceção da alínea c) relativa à «interpretação dos estatutos dos organismos criados por um acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam», tendo sido absorvida na leitura da alínea b) com a revisão dos Tratados resultante do Tratado de Lisboa, passando os *organismos* a figurar junto das restantes *instituições e órgãos* da União. De notar ainda, que o 4.º parágrafo, impondo alguma celeridade processual ao TJUE perante processos principais em que existem pessoas detidas, encontrava-se omissivo de todas as versões do artigo, salvo a última versão, em virtude do Tratado de Lisboa.

⁸⁷ Vide, neste ponto, a opinião de Inês QUADROS (2006: 26), relativa à falta de conhecimento do direito da União pelos juizes nacionais e pela administração pública: «as Comunidades Europeias trouxeram novos problemas que, até aí, o direito interno desconhecia, pelo que nem sempre os conceitos caracterizadores deste ordenamento se têm revelado transponíveis para o Direito Comunitário».

O artigo 267.º apresenta assim, no seu primeiro parágrafo, como indicámos, as competências do TJUE a título prejudicial:

«O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União.»

De notar que o TJUE, embora seja competente para interpretar tanto os Tratados como os atos das instituições, órgãos e organismos da União (direito derivado), apenas é competente para conhecer da validade deste último. Isto deve-se à incompetência do TJUE para conhecer do ato convencional que o instituiu, pois, sendo os Tratados o ato “constitucional” da União, eles não podem ser postos em causa pelo Tribunal que tem por missão justamente a sua proteção (e muito menos lhe compete averiguar a sua conformidade com o direito constitucional interno dos Estados-membros). Como vimos atrás, nos casos-limite em que as constituições nacionais admitem controlar a conformidade constitucional do direito da União em geral, essa competência cabe naturalmente aos respetivos tribunais constitucionais.

A segunda parte do artigo 267.º dedica-se ao mecanismo de reenvio propriamente dito, isto é, prevê a possibilidade (assim como, excecionalmente, a obrigação) de os tribunais dos Estados-membros submeterem um pedido (prejudicial) de pronúncia pelo TJUE:

«Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal».

Realce-se a determinação por parte do 3.º parágrafo desta norma da obrigação de reenvio sempre que a questão de direito da União seja suscitada perante um órgão jurisdicional que decide em última instância, isto é, como o próprio texto normativo indica, de cujas decisões não seja passível recurso ordinário. No entanto, a jurisprudência do TJUE

trabalhou no sentido de clarificar que nem sempre é o reenvio obrigatório nestas situações, como veremos *infra*⁸⁸.

Finalmente, também se estipula, ainda nesta segunda parte, que se o reenvio for suscitado na pendência de um processo em que se encontre uma pessoa detida, o TJUE irá ter em conta um critério de celeridade processual tendente à sua pronúncia.

«Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível».

Assim, o regime do artigo 267.º toma um papel principal na atuação dos tribunais nacionais perante a sua obrigação de assegurar a efetividade do direito da União, pois é a estes tribunais que cumpre aplicar o direito dos Tratados assim como, aproveitando as palavras do artigo 267.º, o direito emanado pelas instituições, órgãos e organismos da União. Uma interpretação uniforme do direito da União permite aos tribunais nacionais cumprir com a sua função de tribunal ordinário europeu (PACHECO, 2017: 351). A importância do mecanismo de reenvio prejudicial salta à vista quando considerarmos que ele expõe, prevê e explica, em absoluto, o relacionamento exclusivo entre as jurisdições nacionais e o TJUE, como indica DUARTE (2017a: 102): *«é um exemplo bem-sucedido de cooperação leal e eficaz entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais (...); o processo de questões prejudiciais permite suprir as deficiências e lacunas de garantia do direito e da tutela jurisdicional efectiva que resultam das limitações processuais das vias contenciosas previstas nos Tratados»*. O reenvio prejudicial é efetivamente a *«jewel in the Crown»* da jurisdição deste último (CRAIG & DE BURCA, 2011: 464) –, e é graças a este, na sua vertente interpretativa, que o TJUE desenvolveu a disciplina integradora do direito da União, onde se incluíram avanços constitucionais significativos como o *efeito direto* ou a *primazia* do direito da União.

O reenvio prejudicial pode ser caracterizado não apenas pela natureza incidental em relação às questões colocadas e pela liberdade formal com que os pedidos prejudiciais são enviados ao TJUE (LOUIS, VANDERSANDEN, WAELEBROECK & WAELEBROECK, 1993: 204-205), mas também pela exclusividade do TJUE no conhecimento das questões indicadas, não obstante a disposição do artigo 256.º n.º 3 sobre a competência do Tribunal Geral (em diante TG) para certas matérias pré-determinadas pelo seu Estatuto, algo que ainda não

⁸⁸ Vide Cap. 2.5.2.

aconteceu. Por isso, – «*o TJ mantém o monopólio de decisão sobre o reenvio prejudicial*» (DUARTE, 2017a: 98).

Relativamente às normas que podem ser objeto de reenvio prejudicial, para além dos Tratados e dos atos das instituições⁸⁹, também podem ser sujeitos a reenvio acordos internacionais celebrados pela União⁹⁰, atos praticados pela União em representação dos Estados-membros⁹¹ e ainda os princípios gerais do Direito⁹². Veja-se ainda que podem ser feitos reenvios relativamente a recomendações⁹³, acordos com Estados-membros⁹⁴ e disposições de direito nacional que sejam «*based on or makes some reference to EU law, even if the consequence is that the ambit of EU law is extended by the national provisions*» (CRAIG & DE BURCA, 2011: 466)⁹⁵.

2.5.2. A obrigatoriedade de reenvio na jurisprudência do TJUE

Parte das imposições relativas ao dever dos tribunais nacionais em assegurarem a efetividade do direito da União prende-se com a obrigação que recai perante estes em obter uma interpretação prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE. Como vimos, os tribunais nacionais são parte integrante do sistema jurisdicional europeu, competindo-lhes exclusivamente a aplicação do direito da União nos territórios dos seus Estados. Esta competência traduz, não só, aquilo que é o sistema de cooperação entre ordenamentos jurídicos, mas também caracteriza o próprio sistema jurisdicional da União Europeia. Neste âmbito, como se indicou, a competência interpretativa e da pronúncia de validade do direito da União cabe em exclusivo ao Tribunal de Justiça da União Europeia, por força do artigo 267.º a) e b) do TFUE.

Sendo a interpretação proferida pelo Tribunal de Justiça vinculante perante todos os tribunais nacionais por força do que se poderá considerar ser um persuasivo efeito de

⁸⁹ Vide, sobre os atos: do Parlamento Europeu, *Os Verdes* (TJUE, Proc. n.º 294/83, 1986); do Conselho, *Schlüter* (TJUE, Proc. 9/73, 1973), *Manghera* (TJUE, Proc. 59/75, 1976); da Comissão Europeia, *Frecassetti* (TJUE, Proc. 113/75, 1976); do TJUE, *Da Costa* (TJUE, Procs. 28/62, 29/62 e 30/62, 1963) e *Foglia Novello II* (TJUE, Proc. 244/80, 1981); para a generalidade das instituições, relativo à fiscalização da validade *Foto-Frost* (TJUE, Proc. 314/85, 1987).

⁹⁰ Vide *Haegeman* (TJUE, Proc. 181/73, 1974), *Andersson* (TJUE, Proc. C-321/97, 1999), *Hartmann* (TJUE, Proc. C-162/98, 1998) e *Parfums Christian Dior* (TJUE, Procs. C-300/98 e C-392/98, 2000).

⁹¹ Vide *SPI* (TJUE, Procs. 267/81, 268/81 e 269/81, 1983).

⁹² Vide *Kremzow* (TJUE, Proc. C-299/95, 1997), *Bayerische Hypotheken* (TJUE, Proc. C-45/96, 1998), *Davidoff* (TJUE, Proc. C-292/00, 2003) e *Levi Strauss* (TJUE, Proc. C-145/05, 2006).

⁹³ Vide *Grimaldi* (TJUE, Proc. C-322/88, 1989).

⁹⁴ Vide já referidos *Haegeman* (TJUE, Proc. C-181/73, 1974) e *Parfums Christian Dior* (TJUE, Procs. C-300/98 e C-392/98, 2000), assim como *Hermès International* (TJUE, Proc. C-53/96, 1998).

⁹⁵ Vide *Dzodzi* (TJUE, Procs. C-297/88 e 197/89, 1990).

precedente da sua jurisprudência⁹⁶, torna-se importante – face à necessidade de aplicação uniforme – assegurar que existe uma interpretação única das normas de direito da União (DUARTE, 2017a: 145), neutralizando-se, desde logo, os casos de má aplicação por falha de reenvio prejudicial. Neste sentido, como vimos *supra*, introduziu-se no segundo parágrafo do artigo 177.º do Tratado de Roma (267.º terceiro parágrafo TFUE) a obrigatoriedade de reenvio prejudicial para todos os casos em que, sendo suscitada uma questão de direito comunitário perante um órgão jurisdicional nacional, as suas decisões não são suscetíveis de recurso.

O Tribunal de Justiça elaborou sobre esta *obrigação de reenvio* no âmbito do acórdão *CILFIT* (TJUE, Proc. C-283/81, 1982), esclarecendo a margem de manobra que os tribunais dos Estados possuem sobre as questões submetidas a reenvio prejudicial. Estava em causa uma série de pagamentos realizados pela sociedade Srl CILFIT entre os anos de 1968 e 1970, relativos à taxa de inspeção sanitária de matéria-prima (lã) importada pela mesma, por força da lei de 30 de janeiro de 1968 (*legge 30 gennaio 1968*), cuja interpretação a sociedade requerente considerava não estar de acordo com a contida quer na legislação posterior que à data substituía a lei, quer com o Regulamento 827/68 do Conselho (CEE). Não obstante a improcedência do pedido, tanto junto do Tribunal de Roma (*Tribunal di Roma*) e do Tribunal de Apelação (*Corte d'Appello*) (a primeira e segunda instâncias), CILFIT consegue, suscitando uma questão pura de direito – a da eventual ilicitude da taxa aplicada com base na *legge* alegadamente incompatível com o Direito da União – recorrer para o Tribunal de Cassação (*Corte di Cassazione*).

Este órgão jurisdicional supremo rapidamente concluiu que o pedido dos requerentes, por si só, não seria procedente, dado que a matéria-prima no caso não se encontrava sequer abrangida pelo Anexo II ao Tratado⁹⁷; todavia, restava o problema de o Tribunal de Cassação se encontrar a decidir em última instância, o que, por força do artigo 177.º TCEE (267.º TFUE), a obrigaria, numa interpretação literal do articulado, a proceder a reenvio prejudicial. Encontrando-se na dúvida sobre a obrigatoriedade de reenvio, o órgão jurisdicional nacional procede ao mesmo, colocando ao Tribunal de Justiça uma única questão:

⁹⁶ Uma questão altamente discutida, sobre a qual já escrevemos em larga medida, *vide* OLIVEIRA E SOUSA (2012). No entanto, quer se concorde ou não com o efeito de precedente vinculativo da jurisprudência do Tribunal de Justiça, fique-se com a ideia avançada por GORJÃO-HENRIQUES (2019: 503) que os efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça produzem um «*precedente de facto*», mesmo que «[o]s restantes órgãos jurisdicionais nacionais, não decidindo em última instância, [sejam] porventura livres de (não) adotar a interpretação formulada pelo Tribunal de Justiça».

⁹⁷ Relativo aos produtos sujeitos à aplicação das regras da política agrícola comum, cujo regime se encontrava à data entre os artigos 38.º a 46.º TCEE (38.º a 44.º TFUE).

«O terceiro paragrafo do Artigo 177.º do Tratado CEE, que determina aquando da existência de qualquer questão do mesmo tipo que aquelas elencadas no primeiro paragrafo desse artigo, suscitadas num processo a decorrer perante um tribunal nacional, cujas decisões não admitem recurso jurisdicional por força do direito interno, aquele tribunal deve solicitar a pronuncia do Tribunal de Justiça, estabelece uma obrigação de reenvio que não permite ao juiz nacional determinar se tal pedido de pronuncia se justifica, ou submete-a – e se sim, quais os seus limites – à condição da existência de uma dúvida de interpretação razoável?» (TJUE, Proc. C-283/81, 1982, cons. 4)⁹⁸.

Como dissemos, o aprofundamento da *obrigação de reenvio* deve-se em larga medida à oportunidade dada ao TJUE, de interpretar a fonte normativa que lhe atribuí essas mesmas competências interpretativas. A nosso ver, o Tribunal de Justiça aproveitou esta possibilidade para separar o que considera ser o campo de atuação livre dos tribunais nacionais, no que concerne ao reenvio prejudicial, daquilo que se encontra vedado à sua vontade, ou melhor, daquilo o se entende ser uma atuação vinculada por parte destes.

O ponto fulcral estabelece-se na distinção entre a interpretação do direito da União – que respeita os critérios da uniformidade e coesão – com aquilo que é a apreciação da complexidade ou da relevância da questão prejudicial. Se por um lado, nas palavras do Tribunal de Justiça, a parte final do artigo 177.º TCEE (267.º TFUE) existe para assegurar uma «*correta aplicação e uma interpretação uniforme do direito Comunitário em todos os Estados Membros (...), evitando que se estabeleçam divergências nas jurisprudência dentro da Comunidade em questões de direito Comunitário*» (TJUE, Proc. C-283/81, 1982, cons. 7)⁹⁹, ou seja, o campo em que a interpretação é vinculada; por outro lado, o juiz nacional é livre de determinar, perante as alegações das partes levantando uma questão de interpretação de direito da União, sobre a verificação dos requisitos de reenvio para aplicação do artigo

⁹⁸ NT (da versão em língua francesa): «*Le troisième alinéa de l'article 177 du traité, qui dispose que, lorsqu'une question du genre de celles qui sont énumérées dans l'alinéa 1 de "ce même article est soulevée dans un litige pendant devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de s'adresser à la Cour de justice, établit-il une obligation de renvoi qui ne permet pas au juge national de statuer sur la nécessité de soumettre à la Cour, la question soulevée ou bien subordonne-t-il — et dans quelles limites — cette obligation à l'existence préalable d'un doute d'interprétation raisonnable?*».

⁹⁹ NT (da versão em língua francesa): «*la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres (...) éviter qui s'établissent des divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté sur des questions de droit communautaire*».

177.º TCEE (267.º TFUE) – encontrando-se, neste caso, o órgão jurisdicional nacional, perante uma margem de apreciação relativamente espaçosa.

Tal decorre também da seguinte consideração do TJUE: «*as jurisdições visadas pelo terceiro parágrafo, possuem o mesmo poder de apreciação que todas as outras jurisdições nacionais no que concerne à determinação se uma decisão sobre uma questão de direito comunitário lhes é necessária para que possam tomar uma decisão*» (TJUE, Proc. C-283/81, 1982, cons. 10)¹⁰⁰. Ora, é neste campo – o da apreciação da existência ou não das condições para se proceder a reenvio prejudicial – que o Tribunal de Justiça encontrou a solução para a questão do Tribunal de Cassação¹⁰¹.

Neste sentido, através do estabelecimento, *a contrario sensu*, das situações em que os órgãos jurisdicionais nacionais ficam excluídos da obrigação de proceder a reenvio – a saber: (i) a questão não seja relevante, (ii) ainda não exista interpretação por parte do TJUE e (iii) o ato seja claro o suficiente por forma a não deixar dúvidas –, o TJUE determinou que este será obrigatório sempre que estas situações não se verificarem, estabelecendo a interpretação que se deve retirar do segundo parágrafo do artigo 267.º TFUE:

«O terceiro parágrafo do artigo 177 do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido em que uma jurisdição cujas decisões não são passivas de recurso jurisdicional em direito interno é obrigada, sempre que uma questão de direito Comunitário é suscitada perante si, a cumprir a sua obrigação de reenvio, a não ser que ela tenha constatado que a questão suscitada não seja pertinente, ou que a disposição de direito Comunitário em

¹⁰⁰ NT (da versão em língua francesa): «*les juridictions visées par l'alinéa 3 jouissent du même pouvoir d'appréciation que toutes autres juridictions nationales en ce qui concerne le point de savoir si une décision sur un point de droit communautaire est nécessaire pour leur permettre de rendre leur décision*».

¹⁰¹ Este campo que apelidamos de *livre apreciação* das condições de reenvio possui, sem prejuízo da regra estabelecida em *CILFIT*, os devidos limites. Apelamos à jurisprudência recente do TJUE em *Ferreira da Silva* (TJUE, Proc. C-160/14, 2015), que aponta no sentido de que, mesmo existindo jurisprudência nacional contraditória relativamente à interpretação de preceitos comunitários nas instâncias anteriores, os órgãos jurisdicionais nacionais que decidem em última instância preservam esse mesmo poder de apreciação definido anteriormente. Diferente caso é aquele em que, perante e existência de jurisprudência contraditória de instâncias anteriores, a interpretação da disposição de direito da União em causa se releva de especial complexidade, devendo o tribunal nacional «*cumprir a sua obrigação de submeter uma questão ao Tribunal de Justiça, a fim de afastar o risco de interpretação errada do direito da União*» (TJUE, Proc. C-160/14, 2015). Relembremos, mais uma vez, a preponderância do princípio da efetividade, presente nesta decisão, que parece contrapor a tendência maioritária da Doutrina de compreender a teoria ou doutrina do *ato claro/acte clair* – o ato que dispensa o reenvio prejudicial para interpretação da norma comunitária aplicável no caso – como demasiado estrita para ser respeitada com sucesso (LIMANTE, 2016: 3-5). Paradoxalmente, a decisão *Ferreira da Costa*, não obstante reforçar a obrigação de reenvio, em respeito ao princípio da efetividade, apresenta-se como uma solução mais “*soft*” do que a previamente encontrada em *CILFIT*, permitindo assim uma margem de apreciação que, embora não mais vasta, certamente é mais estável nos seus pressupostos (LIMANTE, 2016: 5-13).

causa já tenha sido interpretada pelo Tribunal de Justiça, ou que a aplicação correta do direito Comunitário se imponha de um modo tão evidente de forma que não deixe dúvida razoável; a existência de tal possibilidade deve ser avaliada em função das características próprias do direito Comunitário, as dificuldades particulares que surjam na sua interpretação e o risco de divergências na jurisprudência no interior da Comunidade» (TJUE, Proc. C-283/81, 1982)¹⁰².

Esta obrigação, aliás, embora caracterizada de uma forma absoluta, é fluida o suficiente para permitir que a questão ultrapasse barreiras processuais internas (STROZZI & MASTROIANNI, 2011: 386). Demonstramos a título de exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça em *Hoffman-la Roche* (TJUE, Proc. 107/76, 1977) onde foi estabelecido o conhecimento *a posteriori* de decisões proferidas no âmbito de processos urgentes, dos quais, por exemplo, no direito nacional não seriam suscetíveis de recurso¹⁰³.

Esta leitura insere-se no quadro jurisdicional comunitário num esforço claro em evitar jurisprudência contraditória (SOUSA, 2012: 67)¹⁰⁴. Também se retira daí um reforço do efeito decisório – leia-se, altamente persuasivo – da jurisprudência do Tribunal de Justiça, vinculador do sentido que se deve retirar da norma europeia no exercício da interpretação normativa por parte dos “*tribunais europeus ordinários*”, como tivemos a oportunidade de

¹⁰² NT (da versão em língua francesa): «*L'article 177, alinéa 3, du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté*».

¹⁰³ Relembremos o indicado pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Hoffman-La Roche* (TJUE, Proc. C-107/76, 1977), no qual, perante o previsto no Código Civil Alemão (*Zivilprozeßordnung*) no âmbito de um recurso de medidas cautelares concedidas sem audiência, a decisão proferida reveste carácter definitivo. Nesta situação, torna-se apenas possível à parte contrária recorrer da decisão através da propositura de novo processo declarativo. A decisão do TJUE, neste caso, vai no sentido em que o tribunal que conhece do pedido de medida cautelar não se encontra verdadeiramente em última instância, «*ainda que a decisão a tomar no âmbito deste processo já não possa ser objecto de um recurso, na condição de que seja possível a cada uma das partes propor ou exigir a propositura de uma acção principal, no decurso da qual a questão provisoriamente resolvida no processo de natureza sumária possa ser reapreciada e ser objecto de um reenvio nos termos do artigo 177.º*» (TJUE: Proc. 107/76, 1977, cons. 6).

¹⁰⁴ Aliás, até com fundamento em diferenças de terminologia jurídica, a existência de interpretações paralelas por parte dos tribunais estaduais, proferidas em última instância, seriam bastante perigosas para a uniformidade do sistema. Como aponta BARAV (2008: 31-32), para determinar se o reenvio é obrigatório, «*la juridiction nationale doit procéder à une comparaison des diverses versions linguistiques faisant foi, avoir présent à l'esprit le fait que la terminologie du droit communautaire revêt un sens qui lui est propre et replacer la disposition communautaire en cause dans son contexte pour l'interpréter à la lumière de l'ensemble des dispositions du droit communautaire, eu égard aux finalités de ce dernier et à son état d'évolution*».

explicar num estudo sobre os efeitos da jurisprudência interpretativa do TJUE: «*o Tribunal de Justiça decidiu que perante a existência de acórdão interpretativo que verse sobre a mesma matéria fica o tribunal nacional excluído da obrigação de proceder ao reenvio prejudicial*» (SOUSA, 2016: 67).

2.6. Ação de incumprimento

2.6.1. Tipos de obrigações relevantes

Definida pelo TJUE como «*a última ratio que permite fazer prevalecer os interesses comunitários consagrados no Tratado face à inercia e resistência dos Estados-membros*» (TJUE, Proc. 25/59, 1960), a ação por incumprimento é o principal meio tendente a averiguar a conformidade da atividade estadual perante o direito da União (QUADROS, 1993: 205).¹⁰⁵

Prevista atualmente nos artigos 258.º a 260.º TFUE, a ação por incumprimento pode tomar moldes ligeiramente diferentes consoante a sua legitimidade ativa – Comissão ou Estados-membros –, e consoante a fase processual – pré-contenciosa e contenciosa –, em que nos encontramos. No caso da Comissão, nos termos do artigo 258.º TFUE, esta deve ainda em fase pré-contenciosa, havendo tomado conhecimento do incumprimento estadual das obrigações decorrentes do direito da União – quer do direito originário, quer derivado –, formular um «*parecer fundamentado*» sobre a atuação estadual, com indicações de como o Estado-membro infrator deverá agir, sob pena de a mesma recorrer ao TJUE, já em fase contenciosa, o qual decidirá em forma de acórdão sobre a atuação estadual nos termos do artigo 260.º TFUE.

Também os Estados-membros podem, nos termos do artigo 259.º TFUE, perante casos em que um outro Estado-membro não tiver cumprido as obrigações decorrentes do direito da União, recorrer ao TJUE, o que significa que os mesmos possuem legitimidade ativa para a fase contenciosa, devendo, contudo, antes de recorrer para o TJUE, submeter o assunto à Comissão, a qual emitirá semelhante parecer fundamentado, dando oportunidade ao Estado-membro visado de se pronunciar «*em processo de contraditório*». Quer isto dizer que o artigo 259.º TFUE, não obstante assegurar a legitimidade dos Estados-membros em fase contenciosa, reserva para a Comissão a possibilidade de a mesma resolver a questão em fase pré-contenciosa. Já os Estados-membros, embora obrigados a observar esta reserva pré-contenciosa da Comissão, não ficam impedidos de recorrer para o TJUE, pois, conforme

¹⁰⁵ Para mais sobre a questão do incumprimento dos Estados, vide MESQUITA (2019).

indica o 4.º parágrafo do artigo 259.º TFUE, se aquela não se pronunciar num prazo de três meses, os Estados-membros podem recorrer para o TJUE¹⁰⁶.

Neste ponto específico, pretendemos analisar os vários fundamentos pelos quais os Estados-membros se podem encontrar perante uma ação por incumprimento, independentemente da legitimidade ativa para a propor¹⁰⁷, verificando também quais os efeitos da decisão condenatória pela adoção de atos (legislativos e regulamentares ou outros), incompatíveis com o direito da União¹⁰⁸.

2.6.2. Fundamentos

Conforme já tivemos a oportunidade de expor, a regra que decorre do artigo 258.º TFUE exige apenas que o Estado-membro não tenha cumprido «*qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados*», não fazendo qualquer menção à natureza do ato emanado por aqueles Estados – se de natureza política, legislativa, administrativa ou judicial. Porém, já em 1970, o TJUE teve a oportunidade de se pronunciar relativamente a esta questão, determinando que «*tendo em conta que as obrigações (...) do Tratado obrigam os Estados eles próprios e a responsabilidade de um Estado Membro nos termos do Artigo 169 surge qualquer que seja o órgão do Estado cuja ação ou omissão originou o incumprimento, mesmo que se trate de uma instituição constitucionalmente independente*»¹⁰⁹ (TJUE, Proc. 77/69, 1970). Quis com isto o TJUE dizer que, independentemente do órgão que praticou a infração (v.g. governo ou tribunais) ou da natureza do ato praticado (v.g. ato legislativo, regulamentar ou sentença judicial), o desrespeito do direito da União poderá originar ação de incumprimento.

Com efeito, não obstante os vários poderes públicos existentes na malha institucional de um determinado Estado-membro, qualquer um dos atos praticados por estes poderes poderá sempre ser imputado ao Estado como agregador de todo o poder público, independentemente do órgão que exerceu esse poder e da natureza do ato praticado.

¹⁰⁶ A fase contenciosa, de pouca importância para o tema deste trabalho, razão pela qual não a trataremos com a devida atenção, é composta pela fase escrita e oral nos termos do artigo 20.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia (ETJUE), fases cujo regime processual se encontra previsto nos artigos 57.º a 85.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça (PRTJ).

¹⁰⁷ Assumiremos, no entanto, por questão de facilidade de exposição, que será sempre a Comissão a recorrer para o TJUE após a fase pré-contenciosa.

¹⁰⁸ E apenas estes, dado que os restantes ultrapassam o escopo deste trabalho.

¹⁰⁹ NT (da versão em língua francesa): «*attendu que les obligations (...) du traité incombent aux États en tant que tels et que la responsabilité d'un État membre au regard de l'article 169 est engagée, quel soit l'organe de l'État dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante*».

Qualquer outra solução determinaria a absoluta irresponsabilidade do Estado pela violação do direito da União, levando à perigosa consideração de que se o incumprimento se devia à atuação de determinado órgão ou instituição, o Estado-membro como *cabeça* de um conjunto de organismos públicos, seria *ele próprio irresponsável* pela atuação dos seus órgãos – voltaríamos efetivamente à ideia do «*le roi ne peut mal faire*»¹¹⁰.

Para além do exposto, tenha-se em consideração a questão da motivação estadual por detrás do incumprimento, isto é, o quadro político encontrado não só no seio da União, mas também no dos seus Estados-membros, os quais são ilustrados pelas mais variadas vontades – nem sempre conciliáveis – e opções no que relaciona à liberdade do método de implementação, o que contribui inúmeras vezes para uma dificuldade crescente de assegurar a conformidade com os ditames centrais da estrutura institucional e jurídica da União. O incumprimento pode surgir em razão da falta de vontade dos Estados em aplicar determinada norma adotada no seio institucional. Veja-se que a adoção da norma comunitária possui, por regra, vários momentos, desde algo tão imaterial como a vontade política, materializada posteriormente por uma sequência de atos, nomeadamente a *adoção*, *incorporação via transposição*, *aplicação* e finalmente *execução* (KRISLOV *et al.*, 1986: 61-62). O risco de incumprimento surge, porém, nos últimos três momentos, apelidados globalmente de *implementação* (CURTIN & MORTELMANS, 1994, p. 426). Antes da reforma levada a cabo no Tratado de Maastricht, as maiores preocupações das instituições europeias no que se relacionava à conformidade na atuação dos Estados-membros com o direito da União Europeia seriam, entre outras, a falta de implementação – quer por incorporação ou transposição – e a conformidade na atuação dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais (KRISLOV *et al.*, 1986: 60).

¹¹⁰ A ideia clássica da *imunidade soberana*, perante a qual o Estado não poderia sequer ser demandado judicialmente, pois o rei, como fonte de toda a legitimidade legal, não poderia ser julgado pelos seus próprios tribunais. Para mais sobre este conceito *vide* HARLOW (1979: 11-12). Ainda assim, relativamente à responsabilidade do Estado pela prática dos seus poderes legislativos, pela nossa parte, GOMES CANOTILHO individualiza quatro argumentos principais que suportam o conceito da irresponsabilidade estadual, para além da já apresentada «*imunidade soberana*». Estes vão desde uma conceção diferente de Estado-Sociedade incompatível com a ideia de responsabilização estadual – o parlamento que era o organismo societário, seria o responsável pela atividade legislativa – logo o Estado (o soberano ou o governo) não poderiam ser responsabilizados por um ato no qual não participaram; até a uma conceção de que uma regra geral e abstrata não poderia, por si só, causar quaisquer «*danos merecedores de tutela ressarcitória*» – quaisquer danos teriam de ser causados pela atuação da administração *in casu*, e finalmente a conceção de SANTI ROMANO – que as leis são «*atos volitivos preliminares*», ao preverem a realização de «*atos concretos volitivos*», factos a serem qualificados nessas mesmas previsões normativas – portanto qualquer responsabilidade seria causada pela execução da norma – o «*ato concreto*» (GOMES CANOTILHO, 1974: 145-152).

Conforme explica SNYDER (1993: 23), embora seja difícil avaliar as implicações totais do incumprimento por parte dos Estados-membros, os dois grandes pontos problemáticos na falta de conformidade seriam o desrespeito pelas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, assim como as falhas na transposição das diretivas¹¹¹. No quadro convencional, não obstante as alterações trazidas ao TCEE, TCECA e TCEEA (EURATOM) pelo relativamente menos conhecido Tratados de Bruxelas (um tratado de fusão, fixando uma Comissão e um Conselho únicos para as três comunidades à data existentes) e Acto Único Europeu ao ainda em vigor Tratado de Roma – a contribuição destes tratados, no que se relacionava com a abordagem ao problema do incumprimento e efetividade dos atos comunitários, foi virtualmente inexistente.

À data das conferências intergovernamentais de 1991 sobre a união política, a Comissão apresentou um relatório relativamente ao desenvolvimento das Comunidades e dos desafios colocados no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, no qual se inseria o cumprimento quer da jurisprudência do Tribunal de Justiça, quer com o Direito Comunitário no seu todo (Comissão Europeia, 1991: 150-151). As conclusões da Comissão apontaram que, sem prejuízo das constatações de incumprimento nos termos do anterior artigo 171.º TCEE (260.º TFUE) era patente um incumprimento elevado, tanto da jurisprudência como do restante corpo normativo¹¹². Neste sentido foram apontadas pela Comissão várias soluções, desde uma ampliação da obrigação decorrente do princípio da lealdade comunitária no artigo 5.º TCEE (10.º TUE), prevendo um regime de responsabilidade dos Estados-membros pelos incumprimentos na implementação e aplicação do direito da União,

¹¹¹ Mesmo assim, este autor separa a problemática da efetividade do direito da União Europeia em sete categorias diferentes: A criação do direito com base em decisões de cariz político; a aplicação de regulamentos pelos Estados-membros; a transposição de diretivas para o direito nacional; a aplicação ou implementação do direito derivado ou direito nacional transposto por parte das autoridades nacionais; a consideração do direito da União pelos atores económicos, particulares ou coletivos, na tomada de decisões de cariz económico; o recurso aos tribunais nacionais invocando disposições de direito da União, com especial relevo para as disposições das diretivas consideradas possuidoras de efeito direto; e por fim, a aplicação do direito da União pelos tribunais nacionais, visando também a interpretação do direito nacional à luz daquele. (SNYDER, 1993: 25)

¹¹² Vejam-se os seguintes dois parágrafos do relatório: «[c]om efeito, a correcta aplicação do direito comunitário padece das reticências com que demasiado frequentemente, os Estados-membros executam os acórdãos do Tribunal de Justiça que declaram um incumprimento das obrigações que incumbiam a esses Estados-membros, apesar de o artigo 171.º CEE os obrigar a respeitar tais acórdãos; Tal como consta dos relatórios que a Comissão submete anualmente ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação do direito comunitário, o número dos acórdãos proferidos ao abrigo do artigo 171.º CEE, mesmo após uma segunda condenação pelo Tribunal de Justiça, permanece anormalmente elevado. Deste modo, para o período abrangido pelos três últimos relatórios, o número dos acórdãos proferidos ao abrigo do artigo 171.º que permanecem por executar elevou-se a 83. Em doze casos, a Comissão viu-se mesmo obrigada, após uma primeira condenação, a recorrer novamente ao Tribunal de Justiça contra os Estados-membros em causa a propósito das mesmas infrações» (COMISSÃO EUROPEIA, 1991: 150).

até a um potencial incremento dos poderes jurisdicionais do Tribunal de Justiça¹¹³, além do estabelecimento de um sistema de controlo normativo, semelhante aos existentes nos modelos federais¹¹⁴.

A preocupação estaria, portanto, concentrada no problema do incumprimento posterior ao acórdão do Tribunal de Justiça (*post-litigation non-compliance*), e o contributo da Comissão com a intenção de assegurar a efetividade foi acolhido apenas no sentido de se reforçar o sistema existente de «*centralized enforcement*» através da alteração do artigo 171.º TCEE (260.º TFUE) (CURTIN, 1993: 32-33). A inserção do n.º 2 do artigo 171.º atribuiu efetivamente ao Tribunal de Justiça a capacidade de sancionar os Estados-membros declarados em situação de incumprimento, condenando-os ao pagamento de uma «*quantia fixa ou progressiva correspondente à sanção pecuniária*».

CURTIN (1993:33) aponta a oportunidade perdida pelo legislador comunitário, que procurou apenas impor sanções de cariz administrativo, quando poderia deixar, na linguagem do artigo 171.º (260.º TFUE), o preceito sancionatório de um modo aberto, permitindo assim ao Tribunal de Justiça determinar os moldes específicos em que os Estados-Membros efetuariam o cumprimento das obrigações impostas. De um certo modo, conforme explica, uma solução alternativa paradoxalmente sacrificaria a eficácia trazida pelas sanções pecuniárias, pela eventual, mas ultimamente incerta efetividade no cumprimento de obrigações decorrentes dos Tratados¹¹⁵. Esta solução não teve acolhimento,

¹¹³ Relativamente a esta última proposta, os poderes do TJUE em sede de incumprimento reiterado dos Estados-membros passariam a conter a possibilidade de transpor, por via judicial, as diretivas não transpostas, uma solução que a própria Comissão afasta com fundamento em razão política, dado que tal seria atribuir ao Tribunal de Justiça, um verdadeiro «*poder de substituição*», algo que só se justificaria em sede de uma união política (COMISSÃO EUROPEIA, 1991: 153). Foi ainda proposta a possibilidade de declarar as diretivas *diretamente aplicáveis* – «*[p]oder-se-ia, por exemplo, declarar em certos casos que a diretiva fosse diretamente aplicável*» (COMISSÃO EUROPEIA, 1991: 153), reforçando o recurso à regra já existente, à data, na jurisprudência do TJUE, *vide supra* Cap. 0 0. Finalmente, fora ainda proposta a extensão do princípio de responsabilidade já existente no ordenamento jurídico da Comunidade – perante os cidadãos com fundamento na violação dos seus direitos decorrentes do ordenamento jurídico-comunitário – a ser aplicados pelos órgãos jurisdicionais nacionais em cumprimento dos princípios vigentes no direito da União. Esta última proposta, sem prejuízo de ter sido deixada de fora das alterações consagradas em Maastricht, veio a ter acolhimento volvidos três anos, na jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJUE, Proc. C-6/90 e C-9/90, 1991).

¹¹⁴ «*[o] Tribunal teria então o poder para declarar que a legislação de um Estado Membro está em conflito com uma disposição de direito Comunitário e declará-la inaplicável ou mesmo anulá-la*» (COMISSÃO EUROPEIA, 1991: 153). A crítica a esta solução decorre, para além daquela anteriormente exposta no que concerne ao poder de substituição, da sua aplicabilidade somente nos casos em que existisse direito positivo ao nível nacional, não se conseguindo aplicar a mesma nos casos de incumprimento por omissão por parte dos Estados-membros.

¹¹⁵ Até mesmo pela semelhança inevitável com o texto do n.º 1 do mesmo artigo – estar-se-ia-possivelmente a repetir a primeira fase (judicial) das ações por incumprimento.

como se retira do texto do artigo 171.º, nem veio a ter em revisões subsequentes dos Tratados¹¹⁶.

2.6.3. Atos geradores de incumprimento

Relativamente aos atos que podem ser geradores de incumprimento, o TJUE sempre optou por interpretar vagamente o conceito de incumprimento de obrigações por parte dos Estados-membros, pois conforme DUARTE (2017: 243) explica «[o] *adquirido jurisprudencial ampara a qualificação a título de incumprimento de qualquer comportamento, por acção ou por omissão, adoptado por qualquer órgão interno ou instância política de poder*». Vejamos alguns atos com maior relevância.

a) Atos legislativos

Qualquer ato ou omissão de uma autoridade com poderes legislativos constituirá fundamento para a interposição de uma ação por incumprimento (LENAERTS *et al.*, 2014: 185). Veja-se a este título as repetidas condenações do Estado italiano em várias ações por incumprimento, desde já em *Comissão v. Itália* (TJUE, Proc. 8/70, 1970), onde o TJUE determinou que a atuação da República italiana, ao manter uma imposição aduaneira de 0,50% a título de custos administrativos sobre o valor de bens importados de outros Estados-membros violava a Diretiva 68/31/CEE de 22 de dezembro de 1967, gerando assim o incumprimento; ou então o caso *Comissão v. Itália* (TJUE, Proc. 94/81, 1982), onde se determinou que a omissão de transposição da Diretiva 76/768/CEE de 27 de julho de 1976 seria geradora de incumprimento do Estado-membro, mesmo que este Estado tenha visado implementar certas medidas de controlo a nível administrativo compatíveis com a diretiva em causa; veja-se ainda *Comissão v. Itália* (TJUE, Proc. 103/84, 1986), onde o TJUE declarou que a República italiana, «*ao exigir que as empresas municipais que gerem serviços de transporte público adquiram veículos de produção nacional para beneficiarem dos*

¹¹⁶ Veja-se que no *relatório da Comissão sobre o controlo da aplicação do direito comunitário* de 2008, anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Comissão apontou que a falta de transposição das diretivas mantinha-se como o principal «*obstáculo à aplicação atempada da legislação*», encontrando-se à data mais de metade das transposições de legislação considerada como *necessária* com um atraso na transcrição de dois ou mais anos (COMISSÃO EUROPEIA, 2008: 4). Assim, não obstante o problema ainda presente dos atrasos nas transposições das diretivas, no que concerne à efetivação do Direito da União perante os atos positivos desconformes dos estados, a solução encontrada para o incumprimento, foi deixada, quase que exclusivamente, ao Tribunal de Justiça (CURTIN, 1992, p. 36).

*auxílios financeiros previstos no artigo 13.º da Lei n.º 308 de 29 de maio de 1982, a República Italiana faltou às obrigações que lhe incumbe por força do artigo 30.º do Tratado CEE»; ou então o caso *Comissão v. Itália* (TJUE, Proc. n.º 41/82, 1982), onde a Itália foi mais uma vez condenada por incumprimento, em razão da não transposição das Diretivas 72/464 de 19 de dezembro de 1972 e 77/805 de 19 de novembro de 1977, não obstante o Estado argumentar que o atraso na transposição das diretivas se deu em razão da necessidade de «recorrer ao procedimento legislativo por forma a implementá-las (...), [c]omo resultado de uma dissolução parlamentar anterior, o primeiro projeto legislativo apresentado pelo governo não foi adotado...», tendo o TJUE indicado que as circunstâncias do caso em apreço não podem omitir o incumprimento estadual, pois, conforme indica, os Estados-membros «não podem invocar disposições, práticas ou circunstâncias existentes no seu ordenamento jurídico interno por forma a justificar a falha em cumprir com as obrigações e os prazos limite resultantes das diretivas comunitárias» (TJUE, Proc. n.º 41/82, 1982, cons. 14 e 15)¹¹⁷.*

A adoção de legislação que interfira com a implementação de uma diretiva – os famosos casos *Inter-Environnement Wallonie* (TJUE, Proc. C-41/11, 2012) e *Mangold* (TJUE, Proc. C-144/04, 2005) – também é geradora de incumprimento, porquanto «durante o prazo de transposição de uma directiva, os Estados-Membros devem abster-se de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa directiva» (TJUE, Proc. C-41/11, 2012, cons. 45), «pouco importa, a este respeito, que a disposição em causa do direito nacional, adoptada após a entrada em vigor da directiva em causa, vise ou não a transposição desta última» (TJUE, Proc. C-14/02, 2003, cons. 58 e 59).

b) Atos administrativos

O ordenamento jurídico da UE pode também entrar em conflito com atos ou práticas administrativas de direito nacional, da mesma maneira que a incompatibilidade das normas pode resultar da forma como a administração nacional interpreta normas e atos nacionais. Vejamos, por exemplo, o acórdão *Comissão v. França* (TJUE, Proc. 21/84, 1985, cons. 13 a 15) onde uma prática administrativa foi objeto de uma ação por incumprimento, dado o

¹¹⁷ NT (da versão em língua inglesa): «resort to the legislative process in order to implement them (...) As a result of the early dissolution of Parliament, the first draft law presented by the government was not adopted» e «may not plead provisions, practices or circumstances existing in its internal legal system in order to justify a failure to comply with obligations and time-limits resulting from Community directives».

grau de «*constância e de generalidade*» apresentado¹¹⁸, um argumento que se mantém constante, sendo recentemente aduzido em *Comissão v. Alemanha* (TJUE, Proc. C-441/02, 2006).

Todos os atos ou práticas administrativas nacionais que violem o disposto no TFUE e não apresentando o Estado-Membro alvo da ação por incumprimento, elementos suscetíveis que justifiquem objetivamente o ato ou prática administrativa incompatível com o ordenamento jurídico da UE, o TJUE pode igualmente condenar esse Estado-Membro ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

Veja-se ainda, a decisão do TJUE em *Comissão v. Grécia* (TJUE, Proc. C-187/96, 1998), no mesmo sentido:

«Não tendo a República Helénica invocado outros elementos suscetíveis de justificar objetivamente o tratamento discriminatório dos trabalhadores migrantes denunciado pela Comissão, há que declarar que este Estado não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário, nomeadamente do disposto no artigo 48.º do Tratado e no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1612/68, porque exclui, através de regulamentações legais ou de práticas administrativas, para efeitos de diuturnidades e de classificação numa grelha salarial, relativamente aos trabalhadores empregados num serviço público do Estado, a contagem do serviço anterior prestado num serviço público de outro Estado-Membro da Comunidade, com o único fundamento de o serviço anterior não ter sido prestado num serviço público nacional» (TJUE, Proc. C-187/96, 1998, cons. 23).

Como se pode constatar, não é apenas a existência de disposições nacionais contrárias ao direito da União, mas também a existência de práticas administrativas (na interpretação dessas normas) contrárias ao direito da União, que são geradoras de incumprimento dos Estados-membros.

c) Atos judiciais

Os atos judiciais dos Estados-membros podem, igualmente, encontrar-se na origem de uma ação por incumprimento. Veja-se por exemplo, as decisões dos tribunais

¹¹⁸ De acordo com o artigo 30.º do TFUE, os direitos de importação e exportação ou os encargos de efeito equivalente entre os Estados-Membros, são proibidos, sendo esta proibição aplicável também aos direitos aduaneiros de natureza fiscal impostos por ato administrativo.

constitucionais polaco (*Trybunał Konstytucyjny*)¹¹⁹, checo (*Ústavní soud*)¹²⁰ e alemão (*Bundesverfassungsgericht*)¹²¹, esta última já analisada *supra*, onde o conteúdo da decisão viola diretamente ou determina a violação pelos tribunais ordinários e/ou restantes entidades nacionais dos preceitos de direito da União.

Como explica TABOROWSKI (2012: 1883), ao contrário de certas violações “marginais” pelos tribunais ordinários dos Estados-membros, em que o dano potencial causado na aplicação uniforme do direito da União pode ser revertido através de recurso da sentença proferida, pelo menos na maioria dos casos, as decisões de tribunais constitucionais possuem um caráter de interferência deliberada na dinâmica constitucional entre a União Europeia – cujo direito é interpretado pelo TJUE – e os Estados-membros, em cujo ordenamento aqueles tribunais possuem expressão absoluta em matéria de interpretação constitucional.

2.6.4. Efeitos da decisão condenatória

Relativamente aos efeitos de uma decisão condenatória, a mesma, verificando o incumprimento de um Estado-membro, condena-o à tomada de certas medidas «*necessárias à execução do acórdão...*», ou seja – conforme explica GORJÃO-HENRIQUES (2019: 465) –, «*o tribunal não pode substituir-se às autoridades nacionais na revogação e desaplicação das normas e medidas nacionais consideradas incompatível com a ordem jurídica da União Europeia*»¹²². Esta obrigação incumbe apenas ao Estado-membro infrator embora também possa ser *erga omnes* consoante a natureza do caso. Por princípio, produz efeitos retroativos à data da prática do ato gerador de infração, além de ser, naturalmente, imperativa (MESQUITA, 1997: 38-39). Deve então o Estado cumprir com a obrigação imposta pelo acórdão do TJUE, sob pena do acionamento dos meios previstos no artigo 260.º n.º 2, isto é a possibilidade de condenação «*em montante de quantia fixa ou sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-membro*».

Quando em 1993 Fausto de QUADROS (1993: 211) doutamente comentou que, em razão das novidades trazidas pelo Tratado de Maastricht relativas ao incumprimento de

¹¹⁹ Acórdão de 16 de novembro de 2011 (TKonst. Proc. 45/09, 2011).

¹²⁰ Acórdão de 31 de janeiro de 2012 (USoud. Proc. 5/12, 2012).

¹²¹ Acórdão de 5 de maio de 2020 (BverfGE, Proc. 2 BvR 859/15, 2020).

¹²² Vide Humblet (TJUE, Proc. 6/60, 1960) – «*o Tribunal não tem competência para anular actos legislativos ou administrativos de um dos Estados-membros*».

acórdãos que constatarem o incumprimento e das sanções pecuniárias a aplicar aos Estados nos termos do art.º 171.º n.º 2 TCEE-Maastricht (260.º n.º 2 TFUE), «*acharíamos exagerado que ela pudesse de algum modo traduzir-se na suspensão ou diminuição de subvenções ou ajudas financeiras, incluindo os chamados fundos comunitários já previamente atribuídos ao Estado infractor...*», o recente mecanismo que resultou das Conferências Intergovernamentais de 1991 com o objetivo de diminuir o incumprimento estaria de facto, apenas apontado para a sanção pecuniária ao invés do castigo financeiro representado pela subtração das ajudas financeiras. Naturalmente, conforme MESQUITA (1997: 127) apontou, o TCECA «*já previa medidas sancionatórias de carácter económico que (...) se poderiam traduzir quer na suspensão do pagamento de quantias devidas ao Estado em causa por força do Tratado, quer ainda na possibilidade de adopção de medidas derrogatórias*».

A história recente parece demonstrar um aprofundamento do exposto, não obstante começar a tomar certos contornos preocupantes, pois parece escapar, pelo menos num momento inicial, ao poder adjudicatório do TJUE. Vejam-se os factos que rondam a decisão cautelar do TJUE no âmbito do processo Comissão v. Polónia (TJUE, Proc. C-204/21 R, 2021), no qual o TJUE condenou a Polónia ao pagamento de «*uma sanção pecuniária compulsória à Comissão Europeia no valor de 1.000.000 euros por dia*». Naturalmente que a decisão, *de per se*, não contém qualquer elemento que nos faça considerar que se cometeu uma suspensão de ajudas financeiras. No entanto, esta decisão judicial foi acompanhada pela suspensão de transferências dos valores relativos ao Plano de Recuperação Económica da União Europeia – *Next Generation EU* (em diante PRE) para o Estado polaco, por parte da Comissão Europeia, em razão dos mesmos factos que deram origem à ação por incumprimento. Esta suspensão de transferências ocorreu nos termos do artigo 4.º n.º 1 e 5.º n.º 1 a) e b) do Regulamento (EU, Euratom) 2020/2092 sobre um regime geral de condicionalidade para proteção do orçamento da União¹²³.

Ora, tal *sanção*, embora não constituindo um dos efeitos de uma condenação em sede de ação por incumprimento, *surge em consequência da constatação do incumprimento da própria condenação* – aplicada, porém, por uma entidade de natureza política externa ao TJUE, através de um mecanismo próprio. Fazendo este mecanismo parte de um regulamento, naturalmente que o controlo do TJUE sobre o mesmo encontra-se assegurado. Note-se,

¹²³ Embora situação semelhante se esteja a passar com a Hungria em razão de violações do Estado de direito, a Comissão apenas notificou a mesma nos termos do artigo 6.º n.º 1 para apresentar a sua posição relativamente a factos indicadores de uma violação do Estado de direito, enquanto se aguarda por uma posição do TJUE em sede de ação por incumprimento contra a Hungria. Para mais sobre este ponto, *vide* SCHUTTER (2017: 31).

porém, que embora acionado após a decisão condenatória, o mecanismo é absolutamente externo à decisão do TJUE. Neste caso, a única solução viável para o Estado submetido a suspensão de pagamentos de subvenção ou ajudas financeiras pela Comissão, será a de recorrer ao TJUE nos termos do artigo 263.º, requerendo a anulação daquele.

Capítulo 3. A questão da invalidade dos atos das unidades federadas em Estados federais

«Popularity makes no law invulnerable to invalidation. Americans accept judicial supervision of their democracy – judicial review of popular but possibly unconstitutional statutes – because they know that if the Constitution is truly to constitute the nation, it must trump some majority preferences»
(George Will).

3.1. A arquitetura de tipo federal da União

Em razão do seguimento da exposição, tendo-se concretizado a natureza crescentemente federal da construção europeia, em especial quanto à relação entre o direito da União e o direito interno dos Estados, necessitamos de lançar um olhar para a questão da invalidade dos atos das unidades federadas nos Estados federais. Este exercício permitir-nos-á verificar, por um lado, qual a solução implementada para as normas estaduais desconformes com o direito federal, mas também, por outro, qual é o grau de aproximação do nível de integração jurídica, no que concerne à questão deste trabalho, existente nos ordenamentos jurídicos das federações, com o nível de integração existente na União Europeia.

É importante fazer, porém, uma distinção essencial – aquela entre *federação* e *sistema federal* –, pois o que poderá parecer despiciendo à primeira vista reveste uma extrema relevância para a questão em apreço. Isto porque ambos os conceitos nem sempre coincidem, o que permite a certos Estados federais possuir um sistema federal cujo grau de desenvolvimento será maior ou menor, ou mesmo até outras entidades de cariz não estadual – como a União Europeia – serem possuidoras de elementos reveladores de um sistema federal amplamente aceite pela doutrina.

Parece existir um consenso, mais ou menos alargado, em que as federações têm a sua justificação numa finalidade comum, cuja prossecução surge como objetivo das unidades que a compõem. Junto a este objetivo partilhado entre as várias unidades poderá surgir um elemento adicional de identidade sentida pelas unidades federadas. Aliás, uma das motivações que poderá justificar a divisão de uma entidade única em várias unidades, mantendo-se unidas através de um sistema federal, é a vontade de evitar o seu desaparecimento por completo ou mesmo a fragmentação irreparável da unidade original (KING, 1982: 20-21), fragmentação cujas origens poderão tomar forma através de um crescente desligamento de uma comunidade ou um setor de uma comunidade, com a generalidade da população¹.

Adicionalmente, e voltando à ideia original, o objetivo cuja prossecução é desejado pelas várias unidades que se unem num vínculo federal, acaba por ser, pela sua própria natureza, mais amplo do que qualquer critério de identidade que as unidades possam partilhar, pelo que o critério de identidade, embora relevante, não se pode utilizar para definir o conceito de federação. Restará o critério do objetivo que, embora definitivamente mais simplista no seu escopo, acaba por demonstrar satisfatoriamente a realidade federal – um conjunto de estados, unidos na prossecução de um objetivo comum. No entanto, retirar-se-á do conceito de *federação*, a existência de duas esferas sobrepostas com poder legislativo (SCHÜTZE, 2006: 1023), portanto, com competências que poderão ser, quer exclusivas, quer partilhadas, obrigando à definição de um conjunto de regras que resolvam um eventual conflito, caso este venha a existir.

Conforme se pode ler em SILVEIRA (2007: 233-234), numa conceção *neo-institucionalista*, «a origem e estabilidade» das federações «*resultariam de um acordo constitucional celebrado entre atores políticos (sempre motivados pelas vantagens advindas da integração e a defesa dos respectivos interesses), cuja estabilidade dependeria do modo com as esferas de poder interagem na prossecução dos objetivos comuns*»².

Essas regras resultam daquilo que a doutrina apelida de *sistema federal*, cuja definição em sentido amplo aponta para um sistema resultante do conjunto de elementos de

¹ Ainda assim, KING (1982:21) vai mais longe, ao diferenciar *federação* de *federalismo*, pelo que será neste último conceito que cabem as considerações expostas como sendo de natureza ideológica. Assim sendo, o mesmo poderá identificar-se como sendo de orientação centralizadora, descentralizadora ou harmonizadora, critérios de identificação que poderão ser observados ao longo deste capítulo.

² Diferente é a questão de como os diferentes interesses na estrutura federal se organizam, em respeito do bom funcionamento do sistema, algo que ultrapassa o escopo do nosso trabalho. Para mais sobre este tema, vide SILVEIRA (2007).

caráter federal reunidos numa certa entidade (BRIFFAULT, 1996: 47). Estas obedecerão, como explica KING (1982: 71), a uma certa lógica, essencial à sua existência, «*without which they cannot constitute a genuinely distinct class of governments*». Daqui decorre a necessária referência à diversidade de elementos federais constantes na União Europeia, que possui, em ordem dos elementos mais facilmente identificáveis e conforme já o fizemos anteriormente³: as atribuições próprias da União, algumas delas exclusivas e um princípio de subsidiariedade que acompanha a atribuição de competências concorrentes à União⁴, o poder legislativo da União e o efeito direto das suas normas em relação aos particulares, a primazia do direito da União sobre o dos Estados-membros, uma carta de direitos fundamentais própria, a cidadania da União, a dupla representação política (dos cidadãos, no Parlamento Europeu, e dos Estados-membros, no Conselho Europeu e no Conselho), um mercado único que engloba, internamente, uma zona de comércio livre e, externamente, uma união aduaneira comum a todos os Estados-membros da União, assim como a liberdade de circulação de bens e serviços e de trabalhadores e de capital. Também é perceptível a existência de uma constituição material – os Tratados constitutivos (TJUE, Op. 1/91, 1991, cons. 21) –, juntamente com um sistema jurisdicional próprio, com competências exclusivas, utilizando a os Estados-membros como meio de *enforcement* do direito da União⁵.

A questão que naturalmente se continua a colocar, não obstante o que afirmamos nos capítulos *supra*, cuja resposta dependerá sempre do grau de integração encontrado nas várias *frentes comuns* em que os Estados da União se encontram para decidir o seu destino comum, estando, portanto, destinada a uma relativização *ad eternum*⁶, é a seguinte: *será que da União*

³ Vide *supra* Caps. 1.1 e 1.2.

⁴ Que na União Europeia tem uma expressão própria, díspar da encontrada nas federações. Para uma visão mais aprofundada sobre o princípio da subsidiariedade na União Vide D'Oliveira MARTINS (2003).

⁵ Entre várias outras características que poderão ser extensivamente enumeradas, como o duplo nível de governo, ambos exercendo influência direta sobre os indivíduos; a atribuição de jurisdição e de fundos a ambos os níveis; a criação e subsequente imposição de legislação a nível europeu, muitas vezes contra a vontade dos Estados-membros; a garantia de representação das minorias tanto na composição como nos procedimentos internos das Instituições; e um parlamento eleito pelos cidadãos dos Estados-membros (RISSE & BÖRZEL, 2008).

⁶ Até porque nos próprios sistemas, classicamente considerados como *federais*, cujo melhor exemplo será o dos Estados Unidos da América, é corrente a discussão da apropriação indevida (*encroachment*) de competências pelo Estado federal em relação às competências constitucionalmente consagradas dos Estados-federados, colocando em causa o modelo de federalismo dual implementado. Como explica BRIFFAULT (1996: 47-48), «*due to expansive interpretations of the Commerce Clause, the Spending Clause, the Necessary and Proper Clause, and the enforcement section of the Fourteenth Amendment, Congress today has the power to reach into virtually any aspect of American life, including many areas traditionally considered matters of state law. It is no longer clear whether there is a governmental sphere from which the federal government is excluded*». Ou seja, colocar-se-á em causa se a federação “modelo” continua a possuir os elementos essenciais de um sistema federal – não está em causa a identificação daquela realidade como federação, mas sim se esta continua a assegurar a autonomia das unidades federadas.

Europeia resultam elementos federais suficientes para que se possa identificar a mesma como um sistema federal?. Todavia, essa questão é, como indicámos, uma questão relativa, que dependerá das competências e dos instrumentos utilizados no processo de integração, que não são transversais ao universo de realidades jurídicas abordadas pela União. Restará a ideia de que é possível – porque aliás, tem-no sido ao longo dos anos – importar elementos respeitantes a sistemas federais e inspirar o processo de integração europeia nestes sistemas.

Não afastamos a possibilidade de que a importação ou implementação de elementos federais irá resultar numa crescente *federalização* da União Europeia, algo que conscientemente admitimos – restando depois saber, qual o sentido da mesma –, tal como WEILER (2001: 14), «*Europe has charted its own brand of federalism*». Mas, assim como a pergunta que acima apresentámos, a sua resposta, por estar intimamente ligada ao momento em que observamos o fenómeno da integração europeia – e sem dúvida que se trata de um fenómeno sem precedente –, irá relativizar-se conforme o critério temporal utilizado pelo observador. Como referência ainda a WEILER, «*why fix it?*» (WEILER, 2001: 14).

A razão que nos traz a este canto da ciência do Direito, o das soluções federais ao problema em análise, prende-se com o que acabamos de expor. É o nosso objetivo verificar se, dos sistemas federais a analisar – e todos eles assumem, de uma forma ou de outra, que a norma estadual incompatível com o direito federal é inválida – será possível importar um elemento conformador do mecanismo de controlo da validade normativa a dotar nos ordenamentos dos Estados-membros da União, concretamente em Portugal.

Com esse fim decidimos apresentar e agrupar os modelos de controlo normativo nas várias federações apresentadas, com base no critério utilizado na sua criação – de um lado do espectro, os sistemas de controlo centralizado a exercer por um único tribunal constitucional e, do outro lado, os sistemas de controlo descentralizado, em cuja *judicial review* intervêm os tribunais das unidades federadas. Com efeito, existe uma diferença essencial nos modelos de controlo entre os Estados sob análise, porquanto, ao contrário da prática norte-americana, em que apenas os tribunais federais conhecem da validade das normas estaduais desconformes com a Constituição federal, os tribunais estaduais do Canadá já procederam à fiscalização não só do seu direito estadual quanto à sua conformidade com o direito federal, mas também da conformidade do direito federal em razão de o mesmo ser *ultra vires* – implementado fora das competências da unidade federal.

3.2. Estados federais com controlo centralizado

3.2.1. Áustria

Não podemos deixar de referir, em primeiro lugar, a solução apresentada pelo modelo austríaco de controlo da legalidade, o qual, aliás, se encontra na origem do modelo de controlo centralizado (PAULSON, 2003: 224). Deve-se a KELSEN, um dos pais da Constituição austríaca de 1920 (*Bundes-Verfassungsgesetz*), a ideia de um controlo de constitucionalidade sobre normas a ser exercido em exclusivo por um tribunal especializado – um Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) –, ideia que se mantém até aos dias de hoje, por força do artigo 89.º, n.ºs 1 e 2 da atual Constituição, que exclui o controlo de validade constitucional das normas aplicáveis por parte dos tribunais ordinários. Aliás, desta doutrina derivam, em certa medida, todos os outros modelos de controlo centralizado da legalidade e da constitucionalidade, cuja competência caiba em exclusivo a um órgão jurisdicional central.⁷

O modelo austríaco de controlo normativo reveste particular importância, antes de mais, em virtude do igual valor normativo reconhecido às leis ordinárias federais e estaduais no âmbito do respetivo poder legislativo (PALERMO & GAMPER, 2008: 69). Poder-se-á argumentar que este igual valor resulta de uma convenção doutrinária, que não atribui qualquer primado às leis federais ordinárias sobre as leis dos *Länder* que sejam o mesmo valor (PALERMO & GAMPER, 2008: 69); porém, ela parece seguir a máxima kelsiniana de um primado do direito constitucional sobre o restante direito – federal e dos *Länder* (LAGI, 2012: 284).⁸ KELSEN opunha-se ao primado do direito federal sobre o direito dos *Länder* (*Bundesrecht bricht Landesrecht*) – não obstante o ter incluído no segundo dos cinco projetos de constituição de cujo esboço fora responsável (PAULSON, 2003: 232) –, com o fundamento de que caberia à constituição dirimir os conflitos de competência entre a

⁷ Com efeito, até 1920 não existia um modelo próprio de controlo judicial da constitucionalidade de normas jurídicas. O único controlo judicial exercido situava-se em volta de algumas garantias políticas constitucionais como o direito de voto, a militância num partido político ou a liberdade de expressão – podendo o tribunal imperial (*Reichsgericht*) anular atos administrativos que contendessem diretamente com aqueles direitos fundamentais de natureza política (KUSCO-STADLMAYER, 2012: 1).

⁸ KELSEN (2005:452-453) explica neste ponto que a nível da organização política, o Estado federal é composto por duas comunidades jurídicas distintas: a comunidade central (ou *federação*) e as comunidades locais parciais (os *Länder*), sendo da junção de ambas as comunidades jurídicas que resultará, por sua vez, no Estado federal. O perceptível pé de igualdade entre a posição das duas comunidades jurídicas justifica a ideia segundo a qual é ao primado da Constituição que as restantes normas devem obediência dentro das suas respetivas esferas de competência legislativa – e não uma perante a outra.

federação e os *Länder*, entidades situadas em igual nível de sujeição perante a lei fundamental (KELSEN, 1929: 83-84).

KELSEN acreditava que essa ideia paradoxalmente seria contrária àquilo que compreendia ser o Estado federal,⁹ pois a capacidade de a federação negar a atuação estadual através de uma lei ordinária, imiscuindo-se naquilo que são as suas competências constitucionalmente consagradas, reduziria os *Länder* a uma mera comunidade de membros. «*como o princípio que torna a existência política e jurídica dos Estados-membros dependente da vontade da Federação – isto é, uma mera subcomunidade –, à qual permite através de lei ordinária, mesmo através de mera regulamentação, na competência dos Estados-membros, em contradição com a Constituição, intervir, arrogando-se das competências dos Estados-membros*»¹⁰. Portanto, esta conceção de estado federal em KELSEN obriga à determinação da igualdade entre o direito da federação e o direito dos *Länder*, uma realidade atual no sistema de hierarquia normativa austríaco: «*ambos deverão ser julgados da mesma maneira no seu mútuo relacionamento, de acordo com a constituição geral que delimita as suas áreas de aplicação*» (KELSEN, 1929: 83-84)¹¹.

Aliás, indo exatamente ao encontro da doutrina exposta acima, e melhor ilustrando a ideia anterior, encontramos o caso da questão da *conformidade das constituições estaduais (Landesverfassungsgesetze) com a Constituição federal*, que traduz um elemento de primado desta última perante aquelas, conforme previsto no artigo 99.º desta¹², assim como o caso das normas federais e dos *Länder* desconformes perante a Constituição federal, que nos termos do primeiro parágrafo do artigo 140.º, permite ao Tribunal Constitucional conhecer da sua constitucionalidade, como veremos mais em detalhe.

⁹ «*Nada poderá ser tão contrário à ideia de Estado Federal*» (KELSEN, 1929: 83-84). NT: «*nichts der idee des Bundestaates so zuwider sein kann*».

¹⁰ NT: «*wie jener Grundsatz, der die politische und rechtliche Existenz der Gliedstaaten von dem Belieben des Bundes – also einer bloßen Teilgemeinschaft – abhängig macht, dem er ermöglicht, durch einfaches Gesetz, ja durch einfache Verordnung in die Kompetenz der Gliedstaaten, im Widerspruch zur Gesamtverfassung, einzugreifen, sich Gliedstaatskompetenzen verfassungswidrig zu arrogieren*»

¹¹ NT: «*sind beide in ihrem gegenseitigen Verhältnis in gleicher Weise nach der Gesamtverfassung zu beurteilen, die ihre Geltungsbereiche gegeneinander abgrenzt*»

¹² BUBJÄGER (2013:80) aponta que este princípio limita a autonomia constitucional entregue aos *Länder*, incluindo-se aqui também a regra subsidiária das competências originárias destes, prevista no primeiro parágrafo do artigo 15.º da Constituição federal. Como explica: «*This implies that the Länder constitutions may codify anything insofar as it does not contradict Federal constitutional law*». Inclui-se aqui também um núcleo duro de princípios constitucionais que devem fazer obrigatoriamente parte das constituições dos *Länder*, e que pela sua natureza, limitam o poder de revisão constitucional destes; esses são nomeadamente direitos de natureza eleitoral, de organização e funcionamento de estruturas parlamentares estaduais e de governo regional, assim como do procedimento legislativo (HINGHOFER-SZALKAY, 2017: 2).

Há que mencionar que até à entrada em vigor da lei constitucional federal que alterou a Constituição (BGBl. I Nr. 114/2013), o artigo 140.º da Constituição austríaca atribuía ao Tribunal Constitucional o controlo sobre a constitucionalidade, quer do direito federal, quer do direito dos *Länder*, através de reenvio feito por qualquer tribunal que decida em sede de recurso de apelação, assim como o Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), o Supremo Tribunal (*Oberste Gerichtshof*), um Senado Administrativo Independente (*Unabhängigen Verwaltungssenate*) ou ao Gabinete Federal de Adjudicação de Contratos (*Bundesamt für Auftragsvergabe*). Após essa revisão constitucional, o n.º 1 do primeiro parágrafo do artigo 140.º aponta simplesmente o poder de conhecimento da constitucionalidade das leis (*von Gesetzen*) a um pedido oficioso de um tribunal (*auf Antrag eines Gerichtes*), pelo que o afastamento dos requisitos anteriores, de que se tratassem de tribunais de apelação, determina a abertura do reenvio a *qualquer tribunal*, independentemente da sua posição na hierarquia judicial (ZINIEL, 2014: 437).¹³

Quer o governo federal, quer os governos dos *Länder*, podem requerer a fiscalização da constitucionalidade de normas federais ou dos *Länder*, respetivamente, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo. No caso das normas federais, o pedido é possível ainda quer a um terço dos membros do conselho nacional – a câmara baixa do parlamento federal – quer a um terço dos membros do conselho federal – a câmara alta dessa mesmo parlamento. No caso das normas dos *Länder*, os pedidos podem ser subscritos por um terço dos membros do parlamento estadual, desde que a constituição desse mesmo *Land* assim o preveja.

O Tribunal Constitucional também possui a possibilidade de conhecer oficiosamente a constitucionalidade das normas federais e dos *Länder*, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 140.º da Constituição austríaca, isto no decorrer de qualquer processo em que o conhecimento dessa norma importe a uma boa decisão da causa.

Finalmente, no que toca aos particulares, estes podem, no seguimento do espírito de controlo de constitucionalidade já exercido pelo Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) em momento anterior à vigência da Constituição de 1920, requerer a fiscalização das normas visadas no momento em que apresenta recurso de decisão em primeira instância, que lhe

¹³ Na explicação que este autor avança: «*the legal situation for a party of civil or criminal proceedings – as of now – is different (...); civil or criminal courts, appellate courts and the Supreme Court are obliged to file a complaint with the Constitutional Court if they have doubts regarding the constitutionality of an applicable statute...*» (ZINIEL, 2014: 438-439). Há que compreender que este pedido será feito através de conhecimento oficioso do próprio tribunal que decide em primeira instância, e não a pedido das partes, só podendo estas requerer a fiscalização da constitucionalidade das normas, no momento da apresentação do recuso da decisão em primeira instância, nos termos do artigo 140.º n.º 1, al. d).

tenha aplicado norma considerada inconstitucional. O que não existe é a possibilidade de os mesmos requererem esta fiscalização sem recorrerem aos tribunais ordinários, salvo a possibilidade já consagrada na anterior leitura do artigo 139.º da Constituição (*Individualantrag*), atualmente ampliada e prevista no 140.º, n.º 1, al. c), isto é, o instituto do recurso de reclamação de normas (*Gesetzesbeschwerde*), que exige como requisito a impossibilidade de recorrer aos meios judiciais ordinários por parte do requerente que vê os seus direitos constitucionalmente consagrados serem violados pela norma impugnada.

A modalidade de controlo da constitucionalidade acima exposta não soluciona, como já foi exposto, a questão da incompatibilidade entre normas estaduais de valor ordinário por incompatibilidade com o direito federal – sendo que a própria Constituição não o faz. Existe, no entanto, um possível controlo a exercer em respeito à dinâmica legislativa entre os dois níveis de governo, e que toma extrema relevância, pois revela um ponto de correspondência com o ordenamento jurídico da União Europeia, Falamos aqui de um controlo prévio sobre a legalidade dos atos exercidos em excesso das competências legislativas pelos dois níveis, isto é, em sede da atuação *ultra vires*, quer dos *Länder*, quer da federação. Assim, nos termos do artigo 138.º, n.º 2, da Constituição, «o Tribunal Constitucional determina, a pedido do Governo Federal ou do governo de um Land, se um ato legislativo ou de execução cai na competência da Federação ou dos Länder»¹⁴.

É visível aqui um elemento de conformação, embora bidirecionada, entre o direito estadual e federal, ou seja, um modelo de controlo em que é possível, por exemplo, a verificar a conformidade da atuação estadual no âmbito da atividade legislativa, por um lado, perante aquilo que são as suas competências, e por outro, em sentido negativo, perante aquilo que são as competências da legislatura federal, impedindo que os *Länder* legislem sob matérias que não lhes compete legislar, porque tal caberá à federação. É um tipo de controlo extraordinariamente excecional (PALERMO & GAMPER, 2008: 73), determinando, na senda do que iremos ver no caso do Canadá, uma medida de controlo de natureza federal – em forma nenhuma equivalente a um princípio de primado –, mas que assegura o exercício legislativo de ambos os níveis em respeito de uma estrita separação de competências, nos termos estabelecidos na Constituição federal.

¹⁴ NT (da tard. L. inglesa): «*The Constitutional Court furthermore determines, at the request of the Federal Government or a Land Government, whether an act of legislation or execution falls into the competence of the Federation or the provinces*»

Pode-se mesmo afirmar que este tipo de fiscalização de competências, embora se possa sustentar, com determinado grau de segurança, que legislação aprovada e posteriormente determinada como *ultra vires* pelo Tribunal Constitucional, seja ferida de vício de inconstitucionalidade, surge como um elemento de primazia da regra de atribuição de competências, com consagração constitucional a nível federal; estamos assim perante a submissão das unidades federadas perante a federação, faltando, porém saber o que acontece no caso residual em que o direito ordinário emanado pelos *Länder* criado dentro das suas competências materiais, se revela incompatível com o direito ordinário federal.

No processo sobre a *Lei de Viena sobre as pessoas com mobilidade condicionada* (VfGH, Proc. G 5/80, 1980, cons. III 1. a), o Tribunal Constitucional austríaco notou que «no sistema constitucional austríaco não existem competências concorrentes»¹⁵, mas que nos casos em que era possível ambas as legislaturas regularem a mesma realidade – *in casu* estaria em causa a atribuição de um cartão de identificação para pessoas portadoras de deficiência, não sendo possível a sua atribuição a cidadãos requerentes de outros apoios que não aqueles previstos na legislação vienense sobre deficiências –, «[o] princípio federal (...) obriga cada legislatura competente a ter em consideração na sua legislação, toda a legislação das restantes autoridades locais» (VfGH, Proc. G 5/80, 1980, cons. III 1. b)¹⁶. Ora, este dever de consideração (*Berücksichtigungspflicht*) tem como finalidade resolver estes *casos-limite* em que pode surgir um conflito de competências federação/*Länder*, apelando ao bom senso do legislador, sendo a norma submetida a um teste de ingerência em respeito das competências da legislatura contrária (KLAMERT, 2014: 56-58)¹⁷.

Falta ainda considerar, naturalmente, a questão dos *efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade*, que no sistema constitucional austríaco possui contornos ligeiramente diferentes. Isto porque a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, nos termos do artigo 140.º, n.º 5, da Constituição, equivale à *revogação (aufgehoben) da mesma do ordenamento jurídico* – nunca à nulidade –, pelo que o *Verfassungsgerichtshof* poderá, conforme explica HINGHOFER-SZALKAY (2017: 4), determinar o deferimento dos efeitos até ano e meio após a declaração, dando a oportunidade ao legislador estadual ou federal de

¹⁵ NT: «In der österreichischen Verfassungsordnung sind konkurrierende Kompetenzen nicht vorgesehen».

¹⁶ NT: «Die vom bundesstaatlichen Prinzip (...) verhält aber jeden zuständigen Gesetzgeber, bei seiner Regelung alle in Betracht kommenden Rechtsvorschriften der gegenbeteiligten Gebietskörperschaften zu berücksichtigen».

¹⁷ Este autor considera que a questão do conflito normativo, a acontecer, não será um fenómeno inerente da norma jurídica em si – pois a mesma é conforme à Constituição –, mas terá origem na aplicação concreta das normas, sendo a norma em desconsideração declarada inválida (KLAMERT, 2014: 58).

conformar o ato, através da sua substituição, aos ditames constitucionais. Do mesmo modo, conforme versa o n.º 6.º do artigo 140.º, compete ao Tribunal Constitucional determinar que os atos cuja revogação se fundamenta na norma declarada inconstitucional se mantenham como revogados, sob pena de reprivatização (HINGHOFER-SZALKAY, 2017: 4).

Ora, dos elementos federais presentes no ordenamento jurídico da República da Áustria, podem ser identificados como passíveis de potenciais pontos de correspondência com o ordenamento jurídico da União Europeia, os seguintes: (i) a repartição de competências entre a Federação e os *Länder*, consagrada nos artigos 10.º a 15.º da Constituição federal; (ii) a possibilidade de os *Länder*, nos termos do artigo 15.º da Constituição federal, legislarem sobre as matérias que não foram expressamente atribuídas à Federação; (iii) a participação dos *Länder* no processo de formação das leis ao nível federal, nos termos do artigo 42.º e seguintes, assim como da sua capacidade autónoma de promulgar uma constituição estadual, consagrada no art.º 99.º; (iv) e finalmente o primado da constituição federal sobre o direito federal e o dos *Länder*, incluindo sobre as suas constituições.

Necessitamos de mencionar, no entanto, que, ao contrário do modelo implementado na República Federal da Alemanha, que iremos ver de seguida, em que se consegue ver a clara origem dos elementos federais presentes na União Europeia, tentar encontrar os mesmos pontos de correspondência entre os elementos federais austríacos e os da União será um exercício repleto de frustrações, pois o modelo de federalismo austríaco – assente nas razões acima expostas, como vimos, embora possuindo algumas características do federalismo funcional ou cooperativo –, diverge largamente do seu congénere alemão. Como JAN ERK (2004: 9) explica no seu estudo sobre o fenómeno de centralização no constitucionalismo austríaco: «*The term “federalism” in contemporary Austrian politics has come to denote administrative decentralization rather than a union between self-governing entities*»¹⁸.

Esta cultura federal substancialmente diferente encontrada no ordenamento jurídico austríaco – a de um federalismo com um baixo grau de descentralização política – não parece exigir um princípio de primado do direito federal sobre o direito dos *Länder* nos moldes habituais, pois, como dissemos, o primado é somente o da Constituição federal, e não de

¹⁸ Isto acontece primariamente devido ao vasto grau de centralização presente na atuação jurídico-política austríaca, em que a dinâmica partidária possui um papel central no processo de tomada de decisões ao nível nacional, ao invés do diálogo Federação/*Länder*, servindo estes últimos como estruturas de aplicação das decisões tomadas ao nível federal (Erk, 2004: 9-10).

todo o direito federal, sobre as restantes normas do ordenamento. *Tal elemento não possui correspondência com União Europeia, que se assemelha mais às federações tradicionais neste aspeto.* Isto é, o princípio do primado do direito da União sobre o dos Estados-membros possui uma componente geral que não é encontrada no ordenamento jurídico austríaco, ou seja, todas as normas contidas no ordenamento jurídico europeu primam sobre o dos Estados-membros, e não apenas as disposições com valor constitucional, v.g. os Tratados¹⁹.

Pelo contrário, existe a correspondência já usual em matéria de separação de competências, nomeadamente na retenção das competências originárias nos *Länder* quando não existe uma atribuição expressa das mesmas à federação, algo que é encontrado no ordenamento da União, à exceção da possibilidade, no ordenamento jurídico austríaco, da apropriação (por preempção) dessas mesmas matérias unilateralmente por parte da Federação – que surge como uma característica mais próxima do federalismo de cooperação.

A possibilidade de invalidação normativa, que no ordenamento jurídico austríaco é entregue ao Tribunal Constitucional, quer em relação ao direito federal quer em relação ao direito dos *Länder*, também não tem correspondência no modelo de controlo exercido pelo TJUE, que só controla a constitucionalidade e legalidade dos atos institucionais da União, nos termos do artigo 263.º do TFUE, em recurso especificamente destinado para esse efeito, assim como incidentalmente nos termos do artigo 277.º do TFUE²⁰. Já sobre a validade dos atos dos Estados-membros face ao direito da União, a mesma apenas caberá à própria jurisdição nacional, nos termos prescritos pelas constituições nacionais, não possuindo o TJUE qualquer competência para conhecer a validade dos atos dos Estados-membros.²¹

3.2.2. Alemanha

Outro modelo de controlo centralizado da validade das normas das unidades federadas, por incompatibilidade com a Constituição federal e o demais direito federal, é a solução aplicada pela República Federal da Alemanha.

Em razão da exposição, devemos atender, em primeiro lugar, à evolução encontrada entre a ausência parcial de soluções nesse sentido na Constituição de Weimar (*Weimarer Verfassung*) de 1919 e a previsão expressa das mesmas na Lei Fundamental de 1949.

¹⁹ Por outro lado, em respeito deste princípio do primado da Constituição, a norma emanada pelos *Länder*, que violar as normas ou os princípios contidos na Constituição, será declarada inválida, nos moldes acima apresentados, o mesmo não acontecerá no caso da União Europeia.

²⁰ *Vide supra* Cap. 1.6.

²¹ *Vide supra* Cap. 1.2. k).

Ausência parcial naquela, pois, como FRIEDRICH (1928: 189) explica, *a contrario* da ausência de poder dos tribunais para controlar os atos do Parlamento Imperial (*Reichstag*), o antecessor, até 1949, do Parlamento Federal (*Bundestag*), era possível nos termos do artigos 19.º e 108.º da Constituição anterior, aos tribunais estaduais (*Staatsgerichtshof*)²² conhecerem da legalidade dos atos emanados pelos Estados²³.

Já a constitucionalidade dos atos legislativos estaria isenta de um controlo judicial, no seguimento de uma forte oposição política à ideia de os tribunais poderem declarar a desconformidade das leis com a Constituição – «*it would place them above the law instead of subjecting them to it*» (KALH *apud* FRIEDRICH, 1928: 190). Fora mesmo proposta a sua proibição expressa nas reuniões do comité constitucional em Weimar – chegando-se, porém, à conclusão de que a questão ficaria destinada «*to later constitutional evolution*» (FRIEDRICH, 1928: 191), certamente por inspiração do método de evolução norte-americano²⁴.

Na atualidade, à face da *Grundgesetz* de 1949, o modelo de controlo da validade de normas em abstrato (*abstrakte Normenkontrolle*), previsto no número 2.º do primeiro parágrafo do artigo 93.º da Lei Fundamental, determina que a «*decisão sobre a compatibilidade formal e material do direito federal ou estadual com a lei fundamental ou sobre a compatibilidade de direito estadual com outro direito federal*» caberá

²² Não se confundindo estes tribunais com os tribunais estaduais na atualidade (*Landesgerichte*), nem com os vários tribunais federais (*Bundesgerichte*), de competência exclusivamente federal. Os artigos 92.º e ss. da Lei Fundamental preveem expressamente a competência jurisdicional de ambas as categorias. Relembramos que os *Länder*, na sua formação atual, encontram o seu fundamento no artigo 29.º, n.º 1, da Lei Fundamental – em respeito pelos «*laços regionais, históricos e culturais*», assim como a «*eficiência económica*» –, pelo que não correspondem exatamente aos *Staate* encontrados na Constituição de Weimar.

²³ Algo que era depois desenvolvido amplamente na lei que regulava o funcionamento destes tribunais (FRIEDRICH, 1928: 189 e VISSER, 2014: 63). FRIEDRICH criticava abertamente esta solução, em razão do facto de que, não obstante as suas funções de *judicial review* estivessem claramente determinadas, as suas regras de organização, assim como o processo perante o tribunal, fossem de extrema complexidade – «*[f]or the cases here considered it is composed partly of judges of the national judicial court and partly of the administrative court; its procedure is a modified civil procedure. Its functions belong to the Federal Council under the Constitution of the Empire*» (FRIEDRICH, 1928: 198, nota 1).

²⁴ Todavia, ainda em FRIEDRICH (1928: 191-192), os estados da Prússia e da Baviera já teriam adotado – expressamente e ao nível constitucional – uma *judicial review*, algo que culminaria na discussão doutrinária em volta do alcance e efeito das mesmas, pois no caso da Prússia, não estariam expressamente previstas quais as normas que seriam sujeitas a controlo de constitucionalidade. Por sua vez, o Tribunal Imperial (*Reichgericht*), entretanto extinto, ainda teve a oportunidade de determinar em 1925 que, tendo em consideração, por um lado, a função integradora de lacunas por parte dos tribunais, a sua independência (perante os outros órgãos de soberania) e consequente sujeição dos mesmos à lei, para além da ausência de qualquer norma constitucional que proibisse qualquer controlo judicial, e por outro lado, dado que normas contrárias à Constituição que não revistam natureza de revisão constitucional (que justificaria a sua desconformidade) não poderiam produzir qualquer efeito (RG, Prov. 111 RGZ 320, 1925: 322-323), os tribunais poderiam exercer um controlo relativo à constitucionalidade dessas normas. Esta lógica, também encontrada em KELSEN (1984: 201), fundamentara o exercício de um certo controlo, pelo menos pelo Tribunal Imperial (ŠUŠNJAR, 2010: 118), até ao final da República de Weimar.

exclusivamente ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)²⁵. No mesmo sentido versa a § 13, n.º 11, da Lei do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), que consagra a modalidade de controlo concreto (*konkrete normenkontrolle*)²⁶. A verificação da incompatibilidade da norma estadual com o direito federal resultará na declaração da *nulidade* da mesma, nos termos da § 78 da Lei do Tribunal Constitucional Federal, o mesmo destino que aguarda as normas consideradas contrárias à Lei Fundamental.

Embora não se possa considerar que a incompatibilidade de uma norma legislativa dos *Länder* com a Lei Fundamental ou com o direito infraconstitucional federal se configure como uma inconstitucionalidade no direito constitucional alemão, não se consegue distinguir entre os efeitos de uma declaração de incompatibilidade entre o direito estadual e o direito federal e uma declaração de inconstitucionalidade, seja de que norma for, perante a Lei fundamental. Há que ter em conta que a regra que resolve conflitos normativos desta categoria, reveste natureza constitucional, isto é, a regra da primazia do direito federal decorre do artigo 31.º da *Lei Fundamental*: «[o] direito federal quebra o direito dos *Länder*»²⁷.

Portanto, e do mesmo modo, a competência exclusiva do TCF alemão para conhecer da conformidade do direito estadual com o direito federal, tal como da constitucionalidade em geral – expressão do modelo de controlo concentrado das normas nos termos dos artigos 93.º e 100.º da Lei Fundamental –, assim como a declaração de nulidade nos termos do § 78.º da Lei do Tribunal Constitucional Federal, confirmam que o legislador constitucional alemão pretendeu *determinar o mesmo desvalor normativo – a nulidade – à norma*

²⁵ NT (do original e língua alemã): «(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: 2. Bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages»

²⁶ Persistem diferenças entre as duas modalidades, porquanto no artigo 93.º 1) n.º 2 da Lei Fundamental o pedido de controlo abstrato poderá ser efetuado pelo «*Governo Federal, o governo de um Land, ou um quarto dos membros do Bundestag*», enquanto o controlo concreto nos termos da § 13 n.º 11 da Lei do Tribunal Constitucional Federal pode ser requerido por qualquer tribunal, observadas as regras de reenvio para controlo da constitucionalidade ou legalidade previstas no artigo 100.º da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários ficam sempre obrigados, no modelo de controlo concreto das normas (*konkrete Normenkontrolle*), quer da constitucionalidade, quer da compatibilidade entre as normas emanadas pelas legislaturas dos *Länder* perante o direito federal – ao invés da solução encontrada no modelo de controlo da constitucionalidade e da legalidade no ordenamento jurídico português, previsto no artigo 280.º n.º 1 e 2 da CRP (CANOTILHO, 2003: 917) – a proceder à suspensão do processo e a reenviar o mesmo para o Tribunal Constitucional Federal (HESSE, 1998: 496). Ainda ficam estes tribunais obrigados, «*por causa da sua vinculação à Constituição e à lei*», a verificar fundamentadamente, que uma determinada norma aplicável ao caso concreto, é compatível com a Constituição e o restante direito federal (HESSE, 1998: 496).

²⁷ NT (do original em língua alemã): «*Bundesrecht bricht Landesrecht*».

*declarada ser desconforme –, quer esta desconformidade se encontre no plano estadual/federal, quer seja no plano constitucional*²⁸.

Relativamente aos efeitos desta declaração de nulidade da norma, esta *tem força de lei*, nos termos da § 31.º al. 2) da Lei do Tribunal Constitucional Federal, sendo publicada na Gazeta Federal (*Bundesanzeiger*) (HESSE, 1998: 499), retroagindo até ao momento da sua promulgação (efeitos *ex tunc*), e atacando a validade de todos os atos praticados cujo fundamento assente na norma declarada nula (HESSE, 1998: 500). O problema dos efeitos *ex tunc* da declaração de invalidade da norma estadual incompatível com o direito federal (assim como da norma inconstitucional) não impede que nem todos os atos praticados perderão os seus efeitos. Isto é, como explicam DETERMANN & HEINTZEN (2018: 10), nos termos da § 79.º al. 1) da Lei do Tribunal Constitucional Federal, uma condenação de natureza penal que se fundamente numa norma inconstitucional dará lugar a novo julgamento, mas o mesmo não acontece, por exemplo, para decisões administrativas ou mesmo outras decisões judiciais, cujo prazo de impugnação ou recurso já tenha decorrido, e que se manterão válidas, embora ineficazes²⁹.

Nesse sentido, a regra presente no § 79.º al. 2) do mesmo diploma determina que, embora «*decisões não recorríveis baseadas numa lei que foi anulada nos termos do § 78 não serão afetadas*», estatuinto, porém, que «*[a] execução de tal decisão não é permitida*». No entanto, a regra surge sem prejuízo da possibilidade de os particulares recorrerem ao Tribunal Constitucional Federal, em sede do recurso constitucional de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) das decisões adotadas com fundamento num ato desconforme, nos termos das § 95.º al. 2) e 90.º al. 1), em sede de violação de direitos fundamentais e outras garantias processuais.

Há que ter em conta, tal como acima explicámos, que também aqui *não há distanciamento entre a questão da desconformidade do direito dos Länder com o direito federal e uma questão puramente constitucional*. Isto significará, por exemplo, que uma decisão administrativa adotada com fundamento numa norma estadual desconforme com o

²⁸ A doutrina identifica aqui uma verdadeira nulidade, ao invés de anulabilidade, como solução à questão de um conflito normativo entre os vários níveis de normas – «*the doctrine of voidness fits better with the traditional concept of collision of norms (...) that exists under the German Constitution (federal law v. law of the states, executive laws v. parliamentary laws, national laws v. European laws)*» (DETERMANN & HEINTZEN, 2018: 12). Parece estar aqui também, na conceção destes autores, e pelo menos de um ponto de vista puramente teórico, a ideia de que o conceito de nulidade inserir-se-ia idealmente na questão de conflito entre a norma nacional e o direito da União Europeia.

²⁹ O mesmo acontecerá, por força do exposto *supra*, a normas provenientes das *Länder*, consideradas desconformes ao direito federal.

direito federal – não sendo possível recorrer da mesma – em princípio manter-se-á válida, mas ineficaz, podendo o particular atacar sempre a mesma, caso considere que os seus direitos fundamentais foram afetados, ou que as suas garantias processuais não foram devidamente asseguradas³⁰.

Importância acrescida reveste também o caso em que é possível uma declaração de incompatibilidade federal ou constitucional não ser imediatamente seguida de uma invalidação normativa, como decorre do terceiro parágrafo da alínea 2) da § 31, quer permite que uma norma seja julgada inválida, nas situações expostas nos parágrafos anteriores, mas continuar temporariamente a produzir efeitos, de modo a evitar a desregulamentação em absoluto de um determinado campo normativo, conformando-se no entanto, a interpretação da norma em causa face à Constituição e o restante direito federal (GROTE, 2017, cap. 6)³¹. Para além disto, como explica Bernardo CASTRO (2016: 97), esta solução possui também a finalidade de evitar o que se compreende ser a «*ingerência do TC na esfera do legislador*», ideia que é, no limite, decorrente do princípio da segurança jurídica.

Esta solução deve a sua criação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Um dos exemplos que justificam a ideia de manutenção transitória da validade normativa, de modo a evitar a criação de um vácuo jurídico, encontra-se no acórdão *Prisão preventiva subsequente* (BverfGE, Proc. 2 BvR 834 e 1588/02, 2004). Resultando da combinação de dois recursos constitucionais de amparo, foram levadas ao conhecimento daquele tribunal constitucional duas normas contidas no ordenamento jurídico do estado da Baviera, prevendo a possibilidade de um condenado preso poder ver-lhe ser extraordinariamente mantida uma medida preventiva da liberdade.

Naturalmente que, para a aplicação de tal medida, terão de estar preenchidos vários requisitos de perigosidade nos termos do artigo 1.º da Lei da Baviera para o encarceramento de criminosos de alto risco (*BayStrUBG*), estando em perigo a «*vida, integridade física, liberdade da pessoa ou liberdade de autodeterminação sexual da mesma*», quando os comportamentos do condenado demonstram que este falhou no cumprimento dos objetivos

³⁰ DETERMANN & HEINTZEN (2018: 11) avançam, relativamente a este ponto, que a administração pública alemã começou, em certos casos, a tomar as suas decisões com um carácter provisório, de modo a que, em sede de controlo judicial das normas subjacentes ao ato administrativo, este último pudesse sempre ser revisto pela administração pública.

³¹ Neste autor: «*the legal effects of nullification may be suspended for a period specified in the judgement in order to avoid a legal vacuum and the resulting uncertainty and to give time to the legislature to replace the legislation declared unconstitutional by provisions which are consistent with constitutional requirements*» (Grote, 2017, cap. 6).

de ressocialização da pena, ou quando este sofre uma recaída em sede da terapia psiquiátrica (no caso de medidas de segurança)³².

No mesmo sentido, e com uma leitura idêntica, previa o § 1.º da Lei do *Land* da Saxónia-Anhalt, relativo à encarceramento de pessoas particularmente vulneráveis a recaída, com o propósito de evitar perigos consideráveis para a segurança e ordem pública (*UnterbringungsG – UBG LSA*) –, cujos requisitos encontravam fundamento em factos conhecidos após a condenação: «(...) *Podendo ser assumido que a pessoa em particular assume um perigo considerável para a vida, integridade física, liberdade pessoal ou autodeterminação sexual dos outros, particularmente porque este persistentemente recusa colaborar no cumprimento da prisão visando a obtenção do objetivo da sentença, ou então porque esta particularmente rejeita ou interrompe a terapia social ou psiquiátrica que evita a reincidência*»³³.

As duas normas são semelhantes, no sentido em que permitem ao tribunal alargar ou revogar o encarceramento das pessoas condenadas que se encontrem nas situações descritas acima, sendo que a principal diferença entre as duas normas se encontra, conforme explica o TCF alemão, no facto de que a lei de Saxónia-Anhalt possuía um limite temporal, mantendo-se em vigor por dois anos e podendo ver a sua vigência alargada por vontade do parlamento do *Land*. (BverfGE, Proc. 2 BvR 834 e 1588/02, 2004, cons. 31).

A questão aqui levantava-se quanto à compatibilidade de ambas as normas com a primeira alínea n.º 1 do artigo 74.º da Lei Fundamental, pois, não obstante a competência legislativa dos *Länder* em matérias de direito penal ser exercida em concorrência com o parlamento federal, o poder federal já havia legislado sobre a matéria através da Lei sobre o encarceramento de infratores (*Straftäterunterbringungsgesetz*). Ao encontro de esta determinação está o próprio artigo 70.º do diploma fundamental, que estabelece uma regra de subsidiariedade, tendente – tal como nos Estados Unidos – à permanência dos poderes

³² NT (do original em língua alemã): «*dass von dem Betroffenen eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht*».

³³ NT (do original em língua alemã): «*(...) wenn aufgrund von Tatsachen, die nach der Verurteilung bekannt geworden sind (...) davon auszugehen ist, dass von dem Betroffenen eine erhebliche gegenwärtige Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht, insbesondere weil er im Vollzug der Freiheitsstrafe beharrlich die Mitwirkung an der Erreichung des Vollzugsziels (...) namentlich eine rückfallvermeidende Psycho- oder Sozialtherapie ablehnt oder abbricht*».

legislativos nos *Länder*, se a federação não possuir competência atribuída pela própria Lei Fundamental³⁴.

Estando a questão do conflito normativo, acima exposta, não nos iremos imiscuir na restante reflexão produzida pelo TCF alemão, especificamente (i) sobre a natureza normativa das medidas estaduais, nomeadamente se estas se devem considerar como meramente regulamentares sobre a aplicação concreta da legislação existente a nível federal – algo que poderá ser deixado à concretização por parte dos *Länder* (BverfGE, Proc. 2 BvR 834 e 1588/02, 2004, cons. 96) – e (ii) sobre a natureza jurídico-criminal das mesmas, quanto a saber se constituem medida de segurança ou verdadeira pena criminal (BverfGE, Proc. 2 BvR 834 e 1588/02, 2004, cons. 98 a 139).

Inegável é o facto que o TCF alemão considerou que o legislador federal havia *federalizado* a matéria respeitante à prisão preventiva – e que tais normas estaduais corresponderiam a um certo tipo de prisão preventiva (BverfGE, Proc. 2 BvR 834 e 1588/02, 2004, cons. 156). Ora, dado que a legislação federal sobre esta matéria não previa adequadamente um modelo de prevenção após o cumprimento da pena – perante a existência de um elevado risco de reincidência –, que havia sido regulamentado pelos *Länder*, cumpria evitar a nulidade dessas mesmas normas, através da sua qualificação como *meramente incompatíveis (bloßer Unvereinbarkeit)* com a Lei Fundamental (BverfGE, Proc. 2 BvR 834 e 1588/02, 2004, cons. 162):

«A mera declaração de incompatibilidade, combinada com a manutenção temporária em vigor da norma inconstitucional, deve ser considerada, se a invalidação imediata da norma impugnada retirar a base de proteção dos bens públicos superiores, resultando num balanço entre os direitos fundamentais em causa e o período de transição aceite para a intervenção (...). Este é um dos casos» (BverfGE, Proc. 2 BvR 834 e 1588/02, 2004, cons. 163)³⁵.

O TCF alemão também versou sobre esta manutenção em vigor de uma norma estadual, através da consideração da sua mera incompatibilidade, no acórdão *Apostas*

³⁴ Ou se, na nossa leitura, possuindo competência para legislar sobre a mesma em concorrência com os poderes legislativos dos *Länder*, ainda não o tenha feito.

³⁵ NT (do original em língua alemã): *«Die bloße Unvereinbarerklärung, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung, kommt in Betracht, wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist (...) Dies ist hier der Fall»*.

desportivas (BverfGE, Proc. 1 BvR 1054/01, 2006). Neste, estava em causa a proibição imposta pela Lei das Lotarias e Apostas da Baviera (*Gesetz über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lottirien und Wetten*), ao não permitir a uma entidade particular organizar um modelo comercial de apostas desportivas.

No entendimento do tribunal de Karlsruhe, esta proibição foi considerada como contrária ao primeiro parágrafo do art.º 12 da Lei Fundamental, que garante a liberdade de escolha de ocupação ou profissão, mesmo que o acesso à mesma possa ser condicionado pela lei (BverfGE, Proc. 1 BvR 1054/01, 2006, cons. 79). Aliás, se nos termos da § 284 do Código Penal (*Strafgesetzbuch*), os particulares se encontram proibidos de organizar esquemas ou negócios de apostas, sem autorização para o efeito, a determinação exclusiva da *Land* da Baviera como única entidade a que seria permitido organizar apostas desportivas, efetivamente impedia os particulares, sob pena de prática criminal, do gozo da liberdade de escolha de profissão e ocupação constitucionalmente consagrado (BverfGE, Proc. 1 BvR 1054/01, 2006, cons. 79.).

O fator de diferenciação na decisão do Tribunal Constitucional Federal em manter a validade da norma estadual encontra-se no facto de o legislador da Baviera possuir a possibilidade de alterar a lei desconforme, removendo a incompatibilidade com a Constituição. Como explica no acórdão:

«Se a legislação não for consistente com a Lei Fundamental, mas o legislador possuir mais que uma possibilidade de remover a violação da Constituição, o Tribunal Constitucional Federal, geralmente, toma isso em consideração ao declarar que a legislação é meramente incompatível com a Lei Fundamental (...). Tal também é apropriado no presente caso» (BverfGE, Proc. 1 BvR 1054/01, 2006, cons. 147)³⁶.

Com efeito, esta lógica de manutenção de validade e de efeitos dos atos em situação de desconformidade estende-se às decisões judiciais tomadas com base nas normas constitucionalmente incompatíveis, porquanto este processo fora antecedido de duas decisões judiciais, uma do Tribunal Administrativo Superior da Baviera (*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*) e outra do Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgerichtshof*). Por isso, o TCF alemão determinou que as decisões destes

³⁶ NT (do original em língua alemã): *«Steht eine gesetzliche Regelung mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, hat der Gesetzgeber aber mehrere Möglichkeiten, den Verfassungsverstoß zu beseitigen, trägt das Bundesverfassungsgericht dem regelmäßig in der Weise Rechnung, dass es die Regelung nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt (...) Das ist auch hier geboten»*.

tribunais, que haviam negado, a primeira parcialmente e a segunda na totalidade, as pretensões da requerente, deveriam manter os seus efeitos.

Em conclusão, *a incompatibilidade de uma norma estadual com a norma ordinária ou constitucional federal, não implicará automaticamente uma invalidação da mesma* – podendo ser, na ponderação feita pelo TCF alemão, mantida a sua validade, em virtude dos valores públicos superiores que importa proteger, tendo também em vista a possibilidade de os parlamentos estaduais alterarem a lei incompatível³⁷.

A partir do exposto, são vários os elementos federais que se conseguem identificar na prática do controlo da legitimidade das normas exercido no ordenamento jurídico da República Federal da Alemanha, a saber: (i) a primazia do direito federal face às normas dos *Länder*; (ii) a declaração de desconformidade cabe em exclusivo a um órgão jurisdicional federal, o Tribunal Constitucional; (iii) a invalidade da norma estadual declarada desconforme com o direito ordinário ou o direito constitucional federal; (iv) a possibilidade de manutenção de efeitos de atos desconformes, nos casos em que tal se justifique, a determinar pelo Tribunal Constitucional; (v) a obrigação imposta pela jurisprudência constitucional ao legislador estadual, no sentido de que sejam revogadas as normas desconformes; (vi) um princípio de subsidiariedade constitucionalmente imposto, com especial relevância para as competências legislativas originárias dos *Länder*; (vii) a existência de um princípio de “lealdade federal” criado pela jurisprudência constitucional.

Destes elementos, uns têm assento constitucional, outros resultam de construção jurisprudencial do TC alemão. Assim, enquanto o princípio da primazia, a competência para declarar uma norma como desconforme, a consequência dessa declaração e o princípio de subsidiariedade, possuem assento normativo-constitucional, já a questão da manutenção dos efeitos, assim como da obrigatoriedade da revogação das normas por parte do legislador imposta em conjunto com tal manutenção, devem a sua criação ao Tribunal Constitucional Federal. O mesmo se passa com o princípio da “lealdade federal”, desenvolvido pela jurisprudência constitucional no acórdão sobre a *Concordata com o Reich* (BverfGE, Proc. 2 BvG 1/55, 1957, cons. 238):

³⁷ E neste último acórdão o TCF alemão é bastante claro: «*A legislatura está constitucionalmente obrigada a emendar a legislação na área das apostas desportivas, exercendo a sua discricionariedade de enquadramento nos termos de política jurídica*» – NT (do original em língua alemã): «*Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich gehalten, den Bereich der Sportwetten unter Ausübung seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums neu zu regeln*» (BverfGE, Proc. 1 BvR 1054/01, 2006, cons. 149).

«Os Länder, tal como a Federação, têm a obrigação constitucional de cooperar de acordo com o espírito da “aliança” constitucional que os une, e contribuir para o seu fortalecimento e a salvaguarda dos interesses bem compreendidos da Federação e dos seus membros»³⁸.

Do lado da União Europeia, apenas o princípio da subsidiariedade, assim como a preservação das competências originárias dos Estados-membros e o princípio da cooperação leal vêm previstos no TFUE. Os restantes elementos federais devem a sua criação à jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial a primazia do direito da União perante o direito interno dos Estados-membros³⁹.

No entanto, há que ter em consideração que, como FINCK (1997: 125 e 131) explica, a *supremacy* da Constituição e, por extensão, do direito federal alemão sobre todas as outras normas, justifica o controlo sobre a validade dessas normas hierarquicamente inferiores⁴⁰. Esta mesma lógica encontra-se espelhada na jurisprudência constitucional da União, conforme observamos nos acórdãos *Costa v. Enel* (TJUE, Proc. 6/64, 1964: 555 e 556), *Internationale Handelsgesellschaft* (TJUE, Proc. 11/70, 1970, cons. 3) e *Simmenthal* (TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 13 a 24), embora sempre com a tónica na *impossibilidade de as regras nacionais poderem obstar à validade ou aplicação das normas de direito comunitário, e não num controlo de validade a ser exercido sobre as aquelas*.

Assim, a distinção encontrada na comparação entre os dois ordenamentos, encontra um paradoxo, quando considerarmos que o conceito de primado em que se suporta o *judicial review* do ordenamento jurídico alemão, assim como várias das suas características, têm correspondência direta no direito da União. Ou seja, embora as consequências do controlo normativo exercido sobre as normas dos Estados, em virtude do primado do direito federal, sejam diferentes na União e na Alemanha, os restantes elementos, tal como a obrigação dos legisladores das unidades federadas de revogarem as normas desconformes – que no caso do

³⁸ NT: «Die Länder haben ebenso wie der Bund die verfassungsmäßige Pflicht, dem Wesen des sie verbindenden verfassungsrechtlichen “Bündnisses” entsprechend zusammenzuwirken und zu seiner Festigung und zur Wahrung der wohlverstandenen Belange des Bundes und der Glieder beizutragen».

³⁹ Relembremos, no entanto, o projeto falhado da Constituição para a Europa, que previa expressamente no artigo I-6 o «*primado da Constituição e do direito adoptado pelas instituições da União (...) sobre o direito dos Estados-Membros*». A positivação do princípio do primado no texto do tratado constitucional constituiria uma aproximação, ao nível deste elemento federal, ao modelo de federalismo alemão. Fica, no entanto, por saber qual a relevância prática dos efeitos de tal disposição, até mesmo considerando o problema principal que constitui a análise deste trabalho. Poder-se-ia justificar um controlo mais vasto com fundamento na positivação da primazia do direito da União? Esta questão, até uma possível revisão dos tratados constitutivos que preveja expressamente o princípio do primado, ficará deixada em aberto.

⁴⁰ Vide, no mesmo sentido, DENNINGER (1985: 1016): «*The German Constitution’s supremacy clause disregards completely all questions of federal or state competence or jurisdiction*».

direito da União acaba por ter importância acrescida (TJUE, Proc. 167/73, 1974) –, ou a competência exclusiva dos tribunais (TCF alemão e tribunais nacionais) para determinar as mesmas como incompatíveis, encontram uma correspondência não apenas material, mas também dos pressupostos formais de natureza federal.

Tal correspondência demonstra, então, uma *forte influência federal que o ordenamento jurídico alemão teve na construção jurídica do sistema jurídico da União Europeia*. Aliás, do lado alemão, o compromisso desta influência exercida ativamente por este Estado-membro, pode ser encontrado no artigo 23.º da Lei Fundamental, onde se lê que «*a República Federal da Alemanha participará no desenvolvimento de uma União Europeia comprometida com os princípios democráticos, sociais e federais*».

Todavia, existem algumas manifestas diferenças substantivas entre o sistema de controlo da Alemanha e o da UE, nomeadamente as seguintes: (i) a competência centralizada do TC alemão para o controlo da conformidade do direito dos *Länder* com o direito federal, *versus* a competência descentralizada dos tribunais nacionais para o controlo da conformidade do direito nacional com o direito da União; (ii) a equiparação de referida desconformidade à *inconstitucionalidade* no caso alemão, *versus* a utilização da noção de *desconformidade ou incompatibilidade* no direito constitucional da União, deixando aos Estados-membros a seleção dos mecanismos jurisdicionais para a implementar; (iii) a possibilidade, na Alemanha, de manter temporariamente em vigor o direito dos *Länder* incompatível com o direito federal, até sua revogação ou modificação pelo legislador dos *Länder*, hipótese não contemplada no direito constitucional da União.

De facto, no caso alemão, como dissemos, é possível à norma incompatível com o direito ordinário ou constitucional federal ver a sua validade mantida pelo TCF alemão, num esforço de preservar um limitado número de efeitos que sejam considerados como necessários ao bom funcionamento do ordenamento jurídico, seja porque inexistente qualquer solução jurídica para os casos visados pela norma, abrindo-se uma lacuna, seja porque é possível ao legislador estadual modificar o ato normativo afetado, de modo torná-lo conforme com a Constituição ou o restante direito federal. Já na União Europeia não é possível indicar com sucesso – nem alguma vez o Tribunal de Justiça o logrou fazer – as razões pelas quais os tribunais nacionais não podem conhecer, com fundamento em normas de direito na União Europeia e o seu primado, da manutenção de normas do ordenamento jurídico nacional desconformes com aquele.

A justificação que se encontra segue então uma lógica contrária. Isto é, no percurso que leva ao afastamento da aplicação de uma norma nacional incompatível com o direito da União, encontramos os seguintes passos: (i) uma declaração de desconformidade da norma perante o direito da União nos termos da interpretação dada à norma comunitária através do mecanismo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, obedecendo geralmente à seguinte fórmula – «*o direito comunitário opõe-se a uma medida nacional que vise...*»; (ii) o tribunal nacional, que em sede de reenvio já terá identificado a norma interna em situação de potencial desconformidade, confirma, através da interpretação dada no acórdão do TJUE, a incompatibilidade da mesma perante a norma comunitária, salvo possibilidade de *interpretação conforme* da norma nacional; (iii) com o objetivo de aplicar esta última, o tribunal nacional afasta, por competência própria, a norma interna em situação de incompatibilidade. Ora, neste encadeamento lógico de considerações a serem tomadas pelo tribunal nacional, em momento algum é tida em conta uma necessidade que justifique a manutenção da validade da norma incompatível como fundamento da sua aplicação provisória. A norma incompatível fica *in casu* absolutamente desprovida de efeitos.

Pelo contrário, a lógica apresentada no exercício de desvalor normativo, fundamenta-se, como se disse, na necessidade de atribuir a maior eficácia à norma comunitária. A norma incompatível é desaplicada porque a norma com força de primado terá, pela sua natureza, de prevalecer as normas nacionais. *Não se encontra, portanto, no direito da União Europeia qualquer correspondência com a possibilidade de manutenção da validade da norma estadual no direito federal alemão.*

3.2.3. Bélgica

A solução estabelecida no federalismo belga para o conflito entre o direito das comunidades federadas e o direito federal aparenta seguir o modelo de equiparação normativa encontrada no ordenamento jurídico austríaco, atrás analisado. No entanto, a própria utilização do termo *aparenta* – a qual nos poderá levar a compreender que existe alguma proximidade nas soluções apresentadas – não será a mais adequada para exprimir a particular semelhança entre os dois modelos.

Esta peculiar introdução encontra razão de ser quando atentamos no particular tipo de federalismo desenvolvido na Bélgica e nos seus elementos característicos, entre os quais está, paradoxalmente, uma forte devolução de poderes por parte do legislador federal para os legisladores estaduais (PEETERS & MOSSELMANS, 2017: 72). Enquanto a Áustria é um

estado federal em que, não obstante a patente e vincada separação federação/estados, crescentemente manifesta um sistema altamente centralizado, já a Bélgica, ao invés, é um estado federal na qual o nível de descentralização apenas consegue ser ultrapassado pela – por vezes desnecessariamente complexa, mas em grande parte ineficaz – organização dos seus elementos internos relativos à relação entre as unidades federadas e o poder federal.

O ordenamento jurídico belga conta, como é o caso das federações, com uma unidade federal – o legislador nacional –, que se encontra hipoteticamente no mais alto nível do poder legislativo, em virtude da abrangência de todo o território, mediante a criação de leis federais nos termos do art.º 77 da Constituição. Já ao nível das unidades federadas, a Bélgica não possui *Estados* no sentido da expressão tradicional, mas sim Comunidades (*Communautés*) – a saber: Comunidade Flamenga, Comunidade Francesa e a Comunidade Alemã – e Regiões (*regions* – Flandres (de língua neerlandesa), Valónia (de língua francesa) e Região Bruxelas-Centro (bilingue). As comunidades e as regiões possuem poder legislativo próprio (assim como governos próprios), sendo dotadas de um elevadíssimo grau de autonomia (DEHOUSSE, 1986: 4) e possuindo a capacidade de emanar decretos (*decrets*) e “portarias” (*ordonnances*), respetivamente.

Os “decretos” legislativos das comunidades possuem consagração constitucional, nos termos dos artigos 127.º a 133.º da Constituição, e visam principalmente duas grandes categorias de matérias apelidadas como culturais e personalizáveis (*culturelles et personnalisables*)⁴¹, sendo as mesmas remetidas, nos termos dos artigos 35.º, 127.º §1 segundo parágrafo e 128.º §1 segundo parágrafo, para uma lei de natureza federal – a Lei especial de 8 de agosto de 1980 de reformas institucionais (*Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles*)⁴². O mesmo acontece com os diplomas das regiões, remetidos também pelo artigo 35.º, assim como pelo artigo 134.º da Constituição, para a mesma lei acima referida.

É neste ponto que surge o primeiro dos vários problemas existentes na dinâmica federal belga. Através daquilo que se compreende ser o princípio de equivalência das normas

⁴¹ Do mesmo modo, as comunidades possuem ainda competência para legislar sobre o ensino da língua dessa mesma comunidade, a implementação linguística na administração do seu território e ainda a cooperação entre comunidades, nos termos dos artigos 127.º §1 n.º 3, 129.º §1 n.º 1 e 2, e 130.º §1 n.º 3 e 4.

⁴² As leis especiais (*lois spéciales*), ao contrário das leis ordinárias, seguem a regra contida no artigo 4.º da Constituição, sendo necessária a aprovação por maioria simples de cada grupo linguístico em cada câmara (Câmara dos Representantes e Senado) e que no total a medida seja aprovada por uma maioria de dois terços da totalidade de membros das duas câmaras.

(*principe d'équipollence des normes*)⁴³ (LAGASSE, 2003: 58-60)⁴⁴ a lei, os decretos e as “portarias” serão possuidores do mesmo valor jurídico, não existindo qualquer hierarquia sobre eles. Assim sendo, denota-se desde já que a Constituição remete para uma lei de natureza federal, a determinação das matérias sob as quais as comunidades e regiões são competentes, em específico, para legislar. Ora, embora constitucionalmente consagradas, a própria Constituição subjuga no artigo 39.º os atos legislativos *estaduais* a determinação federal, encontrando-se aqui, desde já, um elemento de primado perentório do direito federal.

Esta determinação revela, antes de mais, um sistema de devolução de competências de um modo vertical, em sentido descendente, em contraposição direta com o que surge descrito no primeiro parágrafo do artigo 35.º da Constituição:

«A autoridade federal não tem mais competências que as matérias que lhe são formalmente atribuídas pela Constituição ou nas leis adotadas em virtude da própria Constituição»⁴⁵.

Ora, este artigo traduz aquilo que é uma regra de *especialidade* na definição das atribuições federais, isto é, as competências não expressamente atribuídas à legislatura federal, permanecerão na esfera de competência das unidades federadas⁴⁶. Só que, não obstante o texto do artigo 35.º da Constituição, o regime jurídico atual assenta, como veremos, no relevo determinante da devolução de competências no seio do ordenamento jurídico belga. Aliás, como explicam PEETERS & MOOSELMANS (2017: 73), *«the exclusive powers of the federal government need to be determined prior to the entry into force of article 35...»*, e porque, conforme a exigência da disposição transitória nesse artigo, tais poderes da competência federal terão de obedecer aos requisitos do segundo parágrafo do artigo, ou seja, necessitam de ser aprovados em lei especial (*loi spéciale*), seguindo as regras do artigo 4.º da Constituição, sendo determinado ainda que essa lei terá de ser posterior à inserção de um artigo, sobre as competências federais, no título III do diploma fundamental.

⁴³ A doutrina belga utiliza, curiosamente, o substantivo *équipollence* ao invés da expressão mais popular de *équivalence*. O dicionário LARROUSE indica que as expressões são sinónimas, contendo o mesmo sentido.

⁴⁴ Conforme explica LAGASSE (2003: 59), não deixa ainda assim de existir uma vinculação vertical dos atos imediatamente inferiores aos legislativos, isto é – dos decretos (*arrêtés*) régios, dos governos das comunidades ou regionais, assim como dos seus homólogos ministeriais, imediatamente abaixo destes últimos, e dos regulamentos (*règlements*) provinciais ou das comunas, situados no fundo da hierarquia.

⁴⁵ NT (do original em língua francesa): *«L'autorité fédérale n'a des compétences que dans les matières que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution même».*

⁴⁶ No mesmo sentido versa o artigo 10.º da *Loi spéciale du 8 août 1980*, expondo uma regra de poderes implícitos, através da seguinte fórmula: *«Les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétentes, dans la mesure où ces dispositions nécessaires à l'exercice de leur compétence».*

Assim sendo, em face daquilo que é a lei especial de 8 de agosto de 1980, que determina nos seus artigos 4.º e 5.º as competências legislativas das Comunidades relativas às matérias culturais e personalizáveis, nos seguimento dos artigos 127.º, 128.º e 130.º da Constituição, e no artigo 6.º, relativo às competências legislativas das Regiões, em cumprimento do artigo 39.º da Constituição, só pode ser deduzido existir na verdade, uma atribuição devolutiva de competências legislativas às unidades federadas, pelo poder federal⁴⁷.

Existe ainda uma outra modalidade de primado federal exercido sobre o direito das unidades federadas: Franklin DEHOUSSE (1986: 21) aponta para a criação específica de regras de competência federal que tendem a restringir a autonomia das Comunidades e Regiões nos campos onde estas possuem autonomia. Neste sentido, avança três modalidades de submissão do poder das Comunidades e das Regiões. Em primeiro lugar, há a detenção por parte do legislador federal da competência legislativa orgânica, assim como da competência para aprovação das leis de bases sobre uma certa e determinada matéria – a título de exemplo, «[a]insi, l'article , § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980, réserve à l'Etat "la législation organique" et "les règles de base" en matière de soins de santé» (DEHOUSSE, 1986: 21), não obstante esta matéria encontrar-se no leque das matérias personalizáveis (*matières personnalisables*) de exclusiva competência das Comunidades. Em segundo lugar, estabelece-se a subordinação da atuação legislativa das unidades federadas ao respeito da lei federal; neste sentido «L'article 6, § 1er, VI, 3.º, subordonne la compétence régionale en matière de politique du crédit aux "règles imposées dans le cadre des politiques nationales monétaires et du crédit"» (DEHOUSSE, 1986: 22); neste sentido, a lei federal define o escopo de aplicação e o âmbito na qual as unidades federadas exercem as suas competências legislativas através de decretos e portarias. Por último, verifica-se a atribuição, tão-somente, de competências de execução ao poder estadual (DEHOUSSE, 1986: 23).

Em conclusão, DEHOUSSE entende que, através destes três métodos acima expostos, a autonomia das unidades federadas, no que deveria ser um campo de autonomia exclusiva

⁴⁷ Do mesmo modo, o regime de financiamento das Comunidades e das Regiões está previsto na Lei ordinária de 9 de agosto de 1980 de reformas institucionais (*loi ordinaire 9 août 1980 de réformes institutionnelles*), submetendo mais uma vez a matéria de financiamento das unidades federadas ao poder federal, matéria que, dado o espírito de equilíbrio desejável entre os três poderes legislativos (federal, comunitária e regional), faria sentido encontrar consagração no texto fundamental. No mesmo sentido, essas mesmas unidades federadas não possuem constituições em sentido próprio, nem capacidade constitutiva, podendo apenas organizar «*its own institutions*», o que estes autores apelidam de «*constitutive autonomy*» (PEETERS & MOSSELSMANS, 2017: 75).

das mesmas, fica severamente restringida face ao poder da federação. Como explica: «*Ces éléments montrent que les Communautés et les Régions disposent d'une autonomie moins grande qu'un examen superficiel des textes peut le laisser croire. Elles disposent d'institutions propres et d'un pouvoir décrétoal, certes, mais leurs compétences ont souvent été définies en termes de subordination*» (DEHOUSSE, 1986: 24).

Mesmo assim, LAGASSE (2003: 60) aponta que é possível ainda assim encontrar regras de repartição de competências na legislação das entidades federadas, assim como em regulamentos administrativos, como é o caso do decreto (*arrêté*) regional sobre os limites aos princípios gerais (*les limites de principes généraux*) em matéria de organização administrativa, com base no qual as Comunidades regulam o funcionamento dos seus próprios serviços administrativos.

Com vista à manutenção do equilíbrio entre os diferentes poderes legislativos, foi estabelecida em 1980 o Tribunal arbitral (*Cour d'arbitrage*), após a transição de um Estado unitário para Estado federal (GARDBAUM, 2014: 619, PEETERS & MOSSELMANS, 2017: 82 e 89). Hoje em dia conhecido como Tribunal Constitucional (*Cour Constitutionnelle*), este tribunal apenas possuía competências em sede dos conflitos legislativos nos diferentes “níveis” estaduais (PEETERS & MOSSELMANS, 2017: 90), mas não para o controlo geral da constitucionalidade das leis⁴⁸. Somente em 1989, com a Lei especial de 6 de janeiro de 1989 (*Loi speciale de 6 janvier 1989*), é que o Tribunal passou a poder controlar a conformidade das normas infraconstitucionais com alguns direitos fundamentais, entre as quais figurava a área da educação, que havia sido tornada competência quase exclusiva das Comunidades, sendo aquela competência finalmente ampliada para o que se poderá compreender por ser o âmbito absoluto das disposições constitucionais, incluído o princípio da *lealdade federal* (PEETERS & MOSSELMANS, 2017: 90-91), podendo, portanto, o Tribunal exercer um controlo «*général des droits et libertés constitutionnels*» (ROSOUX, 2013: 204).

Embora, dado o escopo do nosso trabalho, apenas nos interesse a questão do conflito normativo entre os diferentes poderes legislativos territoriais e os efeitos da declaração de desconformidade dos mesmos, não deixaremos, ainda assim, de atentar na questão do princípio da *lealdade federal* na Bélgica, pelas razões de comparação com o princípio da *cooperação leal*, acima expostas.

⁴⁸ GERALDINE ROSOUX (2013: 202) defende que esta impossibilidade de controlo da constitucionalidade dos atos legislativos decorre de um princípio já existente no momento da fundação da própria Bélgica – o princípio da soberania do legislador (*souveraineté du législateur*).

O Tribunal Constitucional belga desenvolveu um entendimento mais amplo das normas relativamente às quais possuía competências para exercer o seu controlo, falando-se em especial das normas sujeitas a «*majorités spéciales*» (LAGASSE, 2003: 59). Em *Comines-Warneton* (Cour Const. Belge, 18/90, 1995: 60), este tribunal determinou que «[o] Tribunal, com base no artigo 1.º, n.º 1, da lei especial de 6 de janeiro 1989, pode conhecer de uma violação das condições especiais de maioria exigidas pela Constituição para o exercício, pelo legislador nacional, da sua competência relativamente à implementação das línguas em matéria administrativa»⁴⁹.

Para exercer este controlo, como é possível observar na citação da decisão *supra*, o Tribunal Constitucional belga salvaguarda-se da prerrogativa contida no artigo 1.º n.º 1 da Lei especial de 6 de janeiro de 1989 para aferir da validade dos diferentes atos legislativos – de igual valor – face às regras de competências estabelecidas na Constituição ou na legislação acima indicada. Decide então, em sede de recurso de anulação (*recours de annulation*), a pedido dos três níveis governamentais⁵⁰ – Conselho de Ministros (*Conseil des Ministres*), ao nível da federação, assim com os governos (*Gouvernements*) das comunidades e das regiões, ao nível das unidades federadas –, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º, podendo-o também fazer através de um pedido por uma pessoa singular ou coletiva (*personne physique ou morale*) que demonstre possuir um interesse nesse mesmo controlo (n.º 2 do mesmo artigo). Finalmente, é ainda possível aos presidentes das assembleias legislativas requerer este controlo, desde que tal lhes seja pedido por uma maioria de dois terços dos deputados nessas assembleias, conforme prevê o n.º 3 do mesmo artigo.

É também possível a qualquer tribunal, na pendência de processo judicial, remeter para o Tribunal Constitucional belga questões relativas a violação de competência por parte dos legisladores *supra* indicados, nos termos do artigo 26.º, § 1.ª n.º 1 e 2 da Lei especial de 6 de janeiro de 1989. Este mecanismo possui, curiosamente, o nome de questões prejudiciais (*question préjudicielles*), muito ao estilo do reenvio prejudicial, dado que a decisão sobre as matérias elencadas no artigo 26.º revestirá importância prévia à decisão judicial por parte dos tribunais ordinários.

⁴⁹ NT (do original em língua francesa) : «*La Cour, sur base de l'article 1er, 1º, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, peut connaître d'une violation des conditions spéciales de majorité exigées par la Constitution pour l'exercice, par le législateur national, de sa compétence relative à l'emploi des langues en matière administrative*».

⁵⁰ Todavia, este recurso só pode ser intentando junto do Tribunal Constitucional belga nos seis meses subsequentes à publicação da mesma, nos termos da § 1.ª do artigo 3.º da Lei especial de 6 de janeiro de 1989.

O acórdão que declare a anulação (*annulation*) de qualquer norma possuirá, nos termos do artigo 9.º § 1.ª, “*l’autorité absolue de la chose jugée*”, assim que publicado no “*Moniteur*” – o jornal oficial belga –, ganhando força de lei, sendo tasi decisões irrecorríveis (LAGASSE, 2003: 66). Estes efeitos, tal como no caso do TCF alemão e o Tribunal Constitucional austríaco, podem ser limitados no tempo, conforme dita o artigo 8.º desta lei *in fine*. Tal possibilidade decorre, mais uma vez, do propósito de dar oportunidade ao legislador do ato visado, a oportunidade de reagir, preparando legislação que substitua a que padece do vício de nulidade⁵¹.

Este controlo, abarca ainda, nos termos do artigo 1.º n.º 3 da lei do Tribunal Constitucional, o princípio da lealdade federal, que mencionámos supra. Esta competência não segue a mesma lógica dos conflitos de competências, sendo possível ainda um controlo prévio de conformidade que, no entanto, fica fora das competências do tribunal. Com efeito, o artigo 143.º da Constituição belga estabelece que no «*exercício das suas competências (...), o Estado federal, as comunidades, as regiões (...)* agem no respeito da lealdade federal, a fim de evitar conflitos de interesses». Note-se que aqui se fala de conflitos de interesses e não de competências, visando este princípio evitar assim que os diferentes legisladores das várias unidades conflituem na atividade legislativa lesando os interesses das outras unidades. O controlo prévio sobre os conflitos de interesses cabe em exclusivo ao Senado, nos termos da § 2.ª do mesmo artigo 143.º, o qual se pronunciará através de parecer fundamentado⁵². Somente o artigo 1.º n.º 3 da Lei especial de 6 de janeiro de 1989 é que atribui, *a posteriori*, competência ao Tribunal Constitucional para aferir, em recurso de anulação (*recours de annulation*), dos casos de legislação promulgada em conflito de interesses.

Assim, no mesmo sentido, encontramos a decisão *John Aad e Christiane Asselman 2* (Cour Const. Belge, 124/2010, 2010), onde Tribunal Constitucional desenvolveu o seu entendimento relativo àquilo que será o espírito de lealdade federal, isto é, o espírito através do qual as entidades legiferantes exercem as suas competências, mantendo, portanto, o respeito pelas outras entidades e evitando perturbar assim o equilíbrio federal existente entre as mesmas (Cour Const. Belge, 124/2010, 2010, cons. B.39.1). A decisão anula, por isso, uma norma oriunda do legislador da Comunidade flamenga que visava restringir o

⁵¹ Étienne LAGASSE (2003: 67) explica que esta possibilidade se inspira no artigo 174.º do TCE (Art.º 264.º TFUE), que permite ao Tribunal de Justiça da União Europeia manter subsistentes os efeitos do ato anulado.

⁵² Até 1982 esta competência coube ao Conselho de Estado (*Conseil d’Etat*), nos termos do artigo 17.º da Lei ordinária de 9 de agosto de 1980.

financiamento de uma escola francófona situada no território da Flandres (Cour Const. Belge, 124/2010, 2010, cons. B.39.2). Quer isto dizer que o Tribunal Constitucional efetivamente controlou a conformidade da legislação de uma unidade federada face ao princípio da lealdade federal.

Os elementos federais que se podem identificar no ordenamento jurídico belga serão, neste caso, separados em dois grupos: no primeiro – os elementos comuns, geralmente associados com os sistemas federais – encontramos antes de mais (i) uma forte separação de competências entre a federação e as unidades federadas; (ii) o princípio da lealdade federal e (iii) o princípio da subsidiariedade –, sem prejuízo das limitações relativas ao mesmo, previstas no próprio texto constitucional; no segundo grupo, encontramos os elementos federais que apelidaremos de *atípicos*, encontrando-se aqui (iv) o princípio da equivalência das normas e v) a existência de uma regra de primado do direito federal por via da submissão atípica das outras normas, de igual valor, face à lei federal.

A forte separação de competências entre o Estado federal e as unidades federadas não encontra correspondência estrita com a separação de competências – que aliás, é uma competência por atribuição – presente na União Europeia. Aliás, o modelo belga, surge mais próximo da repartição encontrada no modelo norte-americano, não obstante a atribuição das competências às unidades federadas ser feita mediante uma lei federal. Já o mesmo não se poderá dizer, pelo menos em termos absolutos, relativamente à regra que consagra a manutenção pelas unidades federadas das competências não atribuídas pela constituição ao Estado federal, que na Bélgica ainda possui semelhanças com a sua origem histórico-devolutiva.

Isto é, não obstante o disposto no artigo 35.º da Constituição federal, os poderes originários ainda surgem como pertencentes à federação e não às unidades federadas, o que se compreende visto que o Estado federal belga derivou de uma “desagregação” do Estado unitário preexistente. Dada a sua inclusão no texto constitucional, pressupomos que em termos jurídico-políticos a situação caminhe no sentido já vertido no artigo 35.º, no qual caibam às Comunidades e Regiões todos os poderes não expressamente atribuídos à federação, quer através da Constituição ou então numa lei especial (*loi spéciale*)⁵³. Naturalmente que, a estabelecer um ponto de correspondência entre o ordenamento jurídico

⁵³ Ficará por discutir, a nosso ver, a questão dos poderes, entretanto já atribuídos às unidades federadas através da lei federal: se esta se manterá em vigor ou se simplesmente deixa de ser necessária, devido à capacitação originária destas entidades legislativas. Sendo que, tal questão ultrapassa, em larga medida, o escopo deste trabalho, não consideramos necessário comentar esse mesmo momento no desenvolvimento jurídico-constitucional belga.

belga e o ordenamento jurídico da União Europeia, é importante indicar que repartição de competências é, de certo modo, semelhante à solução consagrada no artigo 35.º da Constituição belga. Isto é, na União Europeia, em que a federação resultou de uma integração de Estados soberanos, *a competência das competências manter-se-á na esfera das unidades federadas, não obstante a existência de traços federais*. Com efeito, os artigos 4.º n.º 1 e 5.º n.º 2 do TUE, que versam sobre os princípios gerais aplicáveis à União Europeia, consagram a atribuição de competências – pelos Tratados à União –, e em consequência desta, «*as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros*».

Já o princípio da *lealdade federal* encontra algumas semelhanças no princípio da *cooperação leal* previsto no artigo 4.º n.º 3 do TUE. No entanto, este último consegue ser mais abrangente, porquanto o princípio da lealdade federal surge, a nosso ver, como um delimitador negativo de respeito pelo campo de atuação das outras unidades, inclusive da federação. O mesmo não acontece com a União Europeia, em que o princípio da cooperação leal, além de possuir essa mesma característica, possui também uma vertente positiva de conformação da atuação dos Estados-membros. Assim, para além da assistência mútua, no primeiro parágrafo do n.º 3, este estabelece ainda no segundo parágrafo, a obrigação perante a qual «*todos os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas a garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados...*». Finalmente, pode-se encontrar correspondência direta neste princípio, na obrigação de facilitar à União o cumprimento da sua missão, assim como da abstenção «*de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União*».

Finalmente, no que respeita os elementos federais *atípicos* nos quais agrupamos a equivalência (*equipollence*) normativa e a primazia funcional da lei federal sobre as restantes leis de igual valor, cumpre fazer a distinção entre a absoluta falta de correspondência encontrada em ambos os casos.

Não corresponde a primazia funcional encontrada no ordenamento jurídico belga à ideia de primazia existente no direito da União. Embora se possam admitir considerações no sentido da inexistência de hierarquia normativa, de um ponto de vista em que se assume uma visão multinível da relação entre ordenamentos na União, facto é que não se pode considerar, por exemplo, que o direito interno ordinário dos Estados-membros possua o mesmo valor normativo que o direito derivado da União. Não é a inexistência de hierarquia normativa entre as disposições de ambos os sistemas que *equipara*, a nível de valor, as diferentes

normas, nos diferentes sistemas. E embora Caramelo GOMES (2009: 227) indique que o primado constitui uma *regra de conflito normativo*, o que opera em razão daquilo que consideramos ser o *fundamento teleológico-funcional da primazia* em *Costa v. ENEL* (TJUE, Proc. 6/64, 1964), mais uma vez, não se retira da *necessidade existencial da primazia* como elemento central ao direito da União um qualquer elemento de paridade entre o direito interno e o direito da União. Neste sentido, dado que as normas em causa não possuem igual valor, não opera qualquer princípio da equivalência das normas e, dado que os fundamentos encontrados para a regra de primazia funcional na Constituição belga não revestem os mesmos fundamentos – não são de ordem de equivalência normativa – que os da primazia no direito da União, também não há correspondência entre a primazia encontrada na Bélgica e a da União.

Além disto, veja-se ainda que a regra de primazia funcional belga existe devido ao facto de as competências federadas encontrarem a sua legitimação num diploma federal – e não na Constituição, conforme se encontra no modelo austríaco –, entre outros elementos limitadores da sua atuação. De facto, a União Europeia possui um *primado* que eficazmente resolve um conflito normativo entre as normas, de diferentes ordens de valor, previstas em sistemas diferentes – União e Estados-membros –, e fá-lo no seguimento *quase* expresso da regra encontrada no artigo 31.º da Lei Fundamental alemã.

Ademais, não se pode verdadeiramente falar na atuação dos Estados-membros vinculada à legislação europeia, naquilo que são as suas competências originárias, salvo o que nos parece ser um respeito geral pelo princípio da cooperação leal que pode ultrapassar os campos da atuação destes naquilo que é o exercício das suas competências no quadro comunitário. Assim, este primado funcional, que embora inexistente como uma verdadeira norma de conflitos, subjuga a atuação das unidades federadas à lei federal, não encontra expressão na União Europeia, a qual, além de sujeitar a atuação dos Estados-membros em alguns campos de atuação às suas normas – o caso das Diretivas –, possui ainda, e acima de tudo, um primado eficaz, de modo a salvaguardar a eficácia das normas contidas no seu ordenamento jurídico.

Quanto ao mecanismo judicial de controlo da conformidade do direito das unidades federadas com o direito federal, nos limitados termos em que ele ocorre, o sistema federal belga é caracterizado pelos seguintes traços: (i) competência centralizada no Tribunal Constitucional; (ii) declaração de invalidade com força obrigatória geral das normas

desconformes. É manifesta a diferença de fundo entre este sistema e o mecanismo judicial descentralizado da União Europeia.

3.2.4. Suíça

O último dos casos federais com um mecanismo de controlo centralizado, ao qual dedicaremos a nossa atenção, é o caso da Suíça. O federalismo na assim designada Confederação Helvética, também resultante da progressiva agregação de entidades políticas previamente autónomas, terá necessariamente de ser incluído num estudo desta natureza, porquanto possui características curiosas, que fazem dele um modelo de federalismo que se poderá considerar *ainda sob construção* e, portanto, em vários aspetos, similar à construção europeia.

Exatamente pelo facto de a construção federal constituir ela própria, adicionalmente, um elemento de proximidade com a construção europeia, faremos uma breve alusão a esta, de modo a posteriormente partirmos para a análise dos elementos de correspondência encontrados no seu sistema federal. A construção federal suíça tem o seu início no ano de 1848 (BOIX, 2008: 2)⁵⁴, através da aprovação de uma constituição federal, mantendo, no entanto, a nomenclatura formal de *confederação (Eidgenossenschaft)*, em razão da denominação dos Estados *confederados (Eidgenossen)*, patente na aliança histórica datada de 1291 entre os primeiros estados, também denominados por *Orte* (HUBER, 1909: 68)⁵⁵.

Atualmente, o sistema federal suíço é caracterizado essencialmente pela curiosa coexistência entre um forte federalismo, determinante de uma forte separação de competências entre as unidades federadas – os Cantões – e a Confederação⁵⁶, mas contraposto com elementos que apontam para uma crescente implementação de soluções geralmente associadas com o federalismo cooperativo ou funcional (LEINHARD *et al*, 2017: 404).

⁵⁴ BOIX indica que um dos objetivos principais que se visou salvaguardar com a implementação da estrutura federal fora a saudável convivência entre as confissões católica e protestante existentes na região (BOIX, 2008: 2).

⁵⁵ Em boa verdade, a terminologia para estes Estados contraentes era a de *coniurati*, em latim, a língua na qual, supostamente fora redigido o acordo (GOBBER & PALMIERI, 2014: 3-6), embora a doutrina jurídico-histórica traduza, como vimos, para a expressão alemã *Eidgenossen* –, o que parece ter servido, desde então, como fundamento para a utilização do termo com o sufixo *-schaft* de *acordo*, em todos os documentos oficiais subsequentes.

⁵⁶ Não obstante a Suíça ser definida como uma federação, iremos recorrer, na designação da *unidade federal*, à nomenclatura prevista na Constituição, desde logo no artigo 2.º, assim como nos artigos 42.º ss do título III – a *Confederação*.

Com efeito, e não obstante a regra existente nos artigos 3.º e 5.ºa da Constituição, que atribui os poderes não atribuídos expressamente à federação aos cantões, a última revisão constitucional, em 1999, transferiu mais competências para o escopo federal – «atribuindo, nos termos do artigo 46.º a sua execução prática aos cantões», que beneficiam em contrapartida de uma maior participação, prevista no artigo 45.º, ao nível federal, junto no *Conselho de Estados*, a câmara alta da Assembleia Federal (FLEINER, 2002: 111)⁵⁷.

Esta transferência sob contrapartida é típica do que consideramos ser *um modelo alemão de federalismo*, que coexiste com a forte separação de competências plasmada no texto constitucional, algo que é mais próximo do federalismo norte-americano. Portanto, o primeiro dos elementos a ter em conta é a existência de um princípio constitucionalmente imposto, próximo do modelo encontrado no ordenamento jurídico alemão, em que as competências originárias pertencem aos *Länder* (neste caso, os Cantões), os quais, nos termos do artigo 3.º, «são soberanos exceto onde a sua soberania é limitada pela Constituição Federal (...)», exercendo assim «*todos os direitos que não estão investidos na Confederação*»⁵⁸. Esta atribuição, por via da Constituição federal, está prevista no artigo 41.º, sendo que as restantes competências permanecem com os Cantões, que serão então competentes para as exercer, nos termos do artigo 42.º da Constituição.

Os Cantões encontram-se também vinculados a um princípio de cooperação muito semelhante a um verdadeiro princípio de lealdade federal, previsto no artigo 44.º da Constituição, que os obriga, nos seus n.º 1 e 2, a cooperar com a Confederação e entre si. Esta obrigação abarca o «*apoio no cumprimento de funções*», assim como uma cooperação generalizada, estando ainda obrigados a manter consideração, apoio, assistência administrativa, assim como jurisdicional. A Confederação também se encontra adstrita a estas obrigações perante os cantões, pelo que o princípio terá de ser entendido como possuidor de dois sentidos, não vinculando exclusivamente as unidades federadas.

Ainda assim, aquilo que surge, a nosso ver, como o elemento mais marcante do federalismo suíço é o *princípio da primazia do direito federal*, nos termos do artigo 49.º da Constituição, que possui a seguinte redação: «[o] *direito federal prima sobre o direito*

⁵⁷ LEINHARD *et al* (2017: 412) explicam ainda que através desta contrapartida, «*the confederation allows the cantons the greatest possible freedom of action, supports them financially, and respects their individuality. The implantation of federal law by the cantons therefore relies to a considerable extent on the cantons' political will*».

⁵⁸ NT (do original em língua francesa): «*Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération*».

cantonal que lhe seja contrário»⁵⁹ –, prevendo ainda, no seu n.º 2, que: «[a] Confederação assegura que os Cantões respeitam o direito federal»⁶⁰.

Ou seja, vem expressamente previsto na Constituição federal a primazia do direito federal sobre o direito cantonal que lhe seja desconforme, assim como uma determinação, embora de carácter geral, do poder da Confederação para fazer observar, pelos cantões, esse mesmo direito federal. Dado que esta última se caracteriza como uma imposição mais ou menos ampla, veremos mais adiante como é que esta é respeitada, assim como os meios de atuação ao dispor da Confederação para a fazer observar.

A Suíça surge naturalmente no seio dos sistemas cuja *judicial review* encontra-se previsto na Constituição, não obstante os seus extraordinários limites, pois curiosamente, *não existe qualquer possibilidade de controlar a constitucionalidade das normas federais perante a Constituição*⁶¹. Conforme versa o artigo 189.º, n.º 4, «[o]s atos da Assembleia Federal ou do Conselho Federal não podem ser impugnados no Supremo Tribunal Federal...»⁶², o qual, juntamente com a determinação da sua aplicação no artigo seguinte: «[o] Supremo Tribunal Federal e as outras autoridades são obrigadas a aplicar as leis federais...»⁶³ obrigam o órgão jurisdicional superior à sua aplicação, ficando assim, também excluída a mera desaplicação em razão da desconformidade.

O mesmo não acontece com os atos legislativos dos Cantões, que face à primazia do direito da Confederação sobre o direito cantonal, podem ser sujeitos a controlo de constitucionalidade (LIENHARD *et al*, 2017: 417) e, por extensão do mesmo princípio, a controlo de legalidade face ao direito federal derivado. A experiência prática dita, todavia,

⁵⁹ NT (do original em língua francesa): «*Le droit fédéral prime le droit cantonal que lui est contraire*».

⁶⁰ NT (do original em língua francesa): «*La Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral*».

⁶¹ Trata-se de um elemento decorrente da democracia semidirecta frequente exercida nesta Confederação, através de referendos de iniciativa popular, nos termos do artigo 141.º n.º 1 a), bastando um conjunto de 50.000 cidadãos solicitar a revisão de uma lei federal para que seja organizado um referendo. Ou seja, considera-se então que, dada a facilidade em solicitar a alteração ou revogação de uma lei federal, mediante votação popular, não deve caber nenhum poder de controlo ao Tribunal Federal (*Tribunal Fédéral* ou *Bundesgericht*) sobre estas leis. Sobre esta questão, é necessário fazer duas ressalvas. A primeira consiste em que esse poder de decisão ultrademocrático poderá padecer dos seus próprios problemas de equilíbrio e controlo – falamos aqui, muito brevemente, da questão das revisões inconstitucionais da Constituição –, pelo que é bastante fácil a propostas populares que visam lesar direitos fundamentais chegarem à Assembleia Federal e serem submetidas a voto popular, encontrando, muitas vezes, um fraco sistema de limites materiais (sendo caso único o artigo 139.º n.º 3) que impeça o sucesso destas medidas. Para mais sobre esta questão, *vide* DIXON (2017), HAINMUELLER & HANGARTNER (2019). A segunda ressalva, como veremos, é que esta proibição de controlo judicial sobre a validade das leis, não se aplica ao direito dos cantões.

⁶² NT (do original em língua francesa): «*Les actes de l'Assemblée fédérale et tu Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral...*»

⁶³ NT (do original em língua francesa): «*Le Tribunal et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales...*»

que o Supremo Tribunal Federal raramente anula disposições de direito cantonal incompatíveis com a Constituição federal, apenas o fazendo em casos extremos de inconstitucionalidade (LIENHARD *et al*, 2017, 417) –, o que, porém, não parece obstar a que este proceda à invalidação do direito cantonal em sede de incompatibilidade com o direito federal ordinário.

Com efeito, no acórdão *Commune de Romanel-sur-Lausanne contre X. et Département de la sécurité et de l'environnement du canton de Vaud* (BGE, Proc.137 I 257, 2011, cons. 6.3 e 6.4), o Supremo Tribunal Federal anulou uma disposição de um regulamento do cantão de Vaud, relativa à imposição de taxas na recolha de resíduos, com o fundamento de que este era incompatível com o artigo 32.º da Lei federal sobre a proteção do ambiente (*Loi sur la protection de l'environnement*). Ainda assim, e mais timidamente, ainda uns meses antes, o mesmo Supremo Tribunal Federal havia revogado um acórdão do Primeiro Tribunal de Direito Civil de Friburgo (*Ier Cour de Droit Civile de Fribourg*), que visava aplicar uma norma da lei cantonal sobre a construção de habitação social mediante uma interpretação que a tornaria incompatível com a lei federal sobre a construção e propriedade dos mesmos, sem invalidar, como seria de esperar, essa mesma norma (BGE, Proc. 137 I 135, 2011, cons. 2.8).

Este caminhar progressivo para a anulação, embora com um carácter esporádico, de certas normas cantonais, poderá inserir-se no que considerarmos ser o caminhar para um tipo de federalismo mais centralizado, reduzindo a autonomia cantonal; como afirma, por exemplo, GOUDAPPEL (2002: 29), «*[i]n general, a movement towards unification of the federal system can be observed, which is the result of the century-old movement from confederation to federation*». Já havíamos, mais acima e no mesmo sentido, apontado a crescente transferência de competências para o nível federal – o exemplo da revisão constitucional de 1999 –, a que acresce o controlo normativo a exercer sobre as normas cantonais que decorre da primazia do direito federal (LIENHARD *et al*, 2017: 417). Tudo isto aponta, a nosso ver, para um ordenamento federal que se encontra num percurso de evolução, muito à semelhança do ordenamento jurídico da União Europeia.

Finalmente, antes de avançarmos para o momento, por esta altura já habitual, em que se estabelecem os pontos da correspondência entre sistemas, necessitamos ainda de explorar, embora brevemente, a questão das *normas intercantonais*, isto é as normas convencionadas entre os Cantões, com vista a governar certas realidades comuns entre os mesmos. (HUBER, 1909: 72).

Remontando a sua criação às vésperas da formação da Confederação – com a redução dos Cantões de entidades políticas com um alto grau de autonomia à sua condição atual de estados federados –, estes acordos assemelhar-se-iam largamente a tratados internacionais. HUBER (1909: 72-73) explica que as normas de natureza intercantonais seriam vistas à luz do direito internacional e que, em caso de conflito, seria acionado um sistema de mediação, com a participação da antiga *dieta federal* (*Tagsatzung*).

Atualmente, os acordos intercantonais encontram-se previstos no n.º 1 do artigo 48.º da Constituição, nos seguintes termos: «[o]s Cantões poderão concluir acordos entre si e estabelecer organizações e instituições comuns. Em particular, poderão em conjunto empreender tarefas de importância regional»⁶⁴. No entanto, não obstante, a sua natureza *sui generis* inspirada no direito internacional, os acordos intercantonais devem respeito «à lei, aos interesses da Confederação ou aos direitos dos outros cantões», por força do n.º 3 do mesmo artigo⁶⁵. Configurando-se como normas essencialmente cantonais, e estando adstritas a um dever de respeito à lei, naturalmente que a primazia do direito federal aplicar-se-á⁶⁶.

Assim, dos elementos federais que se conseguem identificar na Confederação Helvética, selecionamos como mais relevantes os seguintes: (i) um sistema de repartição federal de atribuições que salvaguarda as competências originárias na esfera de atuação dos Cantões, embora a mesma se tenha vindo a reduzir em prol da esfera de atuação federal; (ii) um princípio de cooperação, que largamente se assemelha a um de *lealdade federal* – com a ressalva que a Confederação também fica obrigada a cooperar e a respeitar os Cantões; (iii) a existência de um princípio do primado do direito federal, possibilitando que o Supremo Tribunal Federal exerça um certo controlo, decorrente desse mesmo princípio, relativamente às normas cantonais (e como vimos, intercantonais) que sejam desconformes com a Constituição federal ou, por extensão, com o direito federal ordinário.

⁶⁴ NT (do original em língua francesa): «*Les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes. Ils peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional*».

⁶⁵ NT (do original em língua francesa): «*Les conventions intercantonales ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit des autres cantons. Elles doivent être portées à la connaissance de la Confédération*».

⁶⁶ Relativamente ao destino da norma cantonal desconforme com o direito federal, a Constituição não prevê qual a sanção que recairá sobre a mesma, mas HUBER (1909: 84) defende que em caso de conflito entre os acordos intercantonais e o direito federal, o ato intercantonais será «*nul and void*» – ou seja, nulo e desprovido de conteúdo –, algo que poderá acontecer, conforme este autor explica, com carácter retroativo, pelo que a alteração legislativa faz com que «*interstate treaties become ipso facto nul and void as far as they conflict with the new Federal law*».

Começamos desde já por apontar a principal diferença deste sistema de controlo judicial centralizado com o sistema de controlo descentralizado da UE: *o controlo federal sobre as normas cantonais desconformes não encontra correspondência no ordenamento jurídico da União Europeia*. Não obstante, este o princípio do primado é possuidor de algumas similitudes, pois a primazia do direito federal implica o afastamento das normas cantonais desconformes com aquele e, na maioria dos casos, conforme a doutrina *supra* aponta e conforme vimos no exemplo apresentado, *a norma desconforme será apenas afastada*, embora o controlo exercido possa ser limitado pela ausência de vontade de invalidar a norma no caso concreto.

Iremos trazer à colação também o elemento de proximidade que mencionamos no início deste inciso sobre a Confederação Helvética, isto é, da evolução federal através da qual se deu a transferência de competências dos Cantões para a Confederação, sendo que os primeiros viram a sua participação reforçada ao nível da Assembleia Federal bicamaral, na câmara de representação dos cantões. Ora, na União Europeia, os Estados-membros mantêm-se como os “donos dos Tratados” – isto é, o processo de transferência de competências depende dos Estados-membros⁶⁷ –, mas traz, em consequência, uma evolução do processo de integração *federal* e ainda de harmonização jurídica entre os Estados-membros. Ademais, esta progressão no sentido federal reforça o escopo de atuação da União Europeia, ampliando as suas atribuições, mas também, como é o caso do Tratado de Lisboa, acabou por reforçar participação dos Estados-membros a nível supranacional⁶⁸, assim como a flexibilização na implementação de certas políticas que poderão ser exercidas pelos Estados-membros. Neste ponto em específico, a correspondência entre os dois sistemas é absoluta.

Finalmente encontramos o princípio da cooperação entre os Cantões e a Confederação, o qual, como explicámos, em muito se assemelha a um *princípio de lealdade federal*. Neste ponto, consegue-se delimitar uma correspondência curiosa entre os dois sistemas, isto é: o princípio de lealdade federal da União Europeia é em boa verdade um princípio de cooperação leal, aquele do artigo 4.º n.º 3 TUE, que prevê «*respeito e assistência mútua*» entre os Estados-membros e a União. No ordenamento constitucional da Suíça, de igual modo, vêm previstos a *consideração, apoio e a assistência* (tanto administrativa como

⁶⁷ Com efeito, relembramos que as alterações aos Tratados «*só entrarão em vigor depois de ratificadas por todos os Estados-membros, de harmonia com as respetivas regras constitucionais*» (QUADROS, 2013, 443).

⁶⁸ Veja-se o caso da participação dos parlamentos nacionais, não apenas no controlo exercido nos termos do artigo 48.º 4 TUE, mas também a nível da execução das políticas relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça, nos termos do artigo 12.º al. c) do TUE, conforme indicámos acima (Cap. 1.2 e).

jurisdicional) como elementos desse mesmo princípio da cooperação que vincula Cantões e a Confederação.

O princípio da cooperação leal na União Europeia consegue, ainda assim, ir mais longe nos seus propósitos, prevendo ainda obrigações específicas, das quais se retira como corolário o *princípio da efetividade*. Obrigações semelhantes estão previstas, no caso helvético, de um modo específico, no artigo 46.º, o qual determina que «[o]s *Cantões implementarão o direito federal de acordo com a Constituição e a legislação federal*». Esta norma determina, relativamente à implementação do direito federal, as obrigações a serem cumpridas pelos Cantões; já do lado da União Europeia, as obrigações conseguem ser ligeiramente mais abrangentes, pois, ao determinarem que os Estados-membros adotam «*todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução...*», assim como «*facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União...*» abarcam a atuação estadual para além daquela exclusivamente situada no reino legislativo.

Quanto ao mecanismo judicial de controlo da conformidade do direito dos cantões com o direito federal, tanto constitucional como ordinário, o sistema federal suíço é caracterizado pelos seguintes traços: (i) competência centralizada no Tribunal Constitucional; (ii) declaração de invalidade com força obrigatória geral das normas desconformes. Também aqui, é manifesta a diferença de fundo entre este sistema e o mecanismo judicial descentralizado da União Europeia.

3.3. Estados federais com controlo descentralizado

3.3.1. Estados Unidos da América

Dentro do espectro das soluções federais de controlo judicial descentralizado da validade das normas das unidades federadas com o direito federal – *in casu* com a Constituição norte-americana – encontramos o *judicial review*, consagrado pela primeira vez pela jurisprudência da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América na decisão *Marbury v. Madison* (US Supreme Court, Proc. 5 US 137, 1803), naquela que ainda se considera como a decisão mais importante daquele Tribunal (CHEMERINSKY, 2015: 37).

Nessa decisão a *Supreme Court* afirmou categoricamente que constitui poder e obrigação dos tribunais⁶⁹, identificar e interpretar o direito aplicável aos casos submetidos

⁶⁹ NT (do original em língua inglesa): «*the province and duty of the judicial department*».

ao seu julgamento, particularmente no caso de haver duas normas em conflito sobre o assunto (US Supreme Court, Proc. 5 US 137, 1803)⁷⁰.

Daqui a *Supreme Court* cria uma regra de primazia da Constituição federal, que cabe aos tribunais fazer observar, regulamentando a relação entre as leis ordinárias e a Constituição:

«*Se cabe aos tribunais apreciar a constituição; e a constituição é superior a qualquer outro ato ordinário do poder legislativo; a constituição, e não tal ato ordinário, deve governar o caso à qual [estes] são aplicáveis*»⁷¹.

Esta lógica permite-lhe determinar o valor da Constituição como a *supreme law of the land* – a norma suprema do País –, deduzindo dessa ideia um princípio «*essencial a todas as constituições escritas, que uma lei contrária à constituição é nula, e que esses tribunais, assim como os outros departamentos, estão vinculados a esse instrumento*»⁷² (US Supreme Court, Proc. 5 US 137, 1803).

Este poder de *judicial review* da validade constitucional das normas aplicáveis aos casos em julgamento foi reconhecido a todo o sistema judiciário, o que demonstra um controlo absolutamente difuso, descentralizado, embora apoiado na regra de *stare decisis* – o precedente judicial –, que vincula os órgãos judiciais inferiores na hierarquia às decisões do Tribunal superior que determina a invalidade da norma (Matos CORREIA & Leite PINTO, 2018: 254-255). Naturalmente que este conceito de controlo do poder legislativo por parte dos tribunais, aliado à cultura de “*checks and balances*” norte-americana, limitadora da utilização indevida de qualquer forma de poder, foi pela sua natureza, muito bem-recebida pelo jovem ordenamento jurídico.

Num estudo jurisprudencial do início do século passado, WATSON (1915: 4) consegue, todavia, demonstrar com um inegável sucesso que, já à data da Convenção Constitucional de maio de 1787, da qual resultou a Constituição Federal e que substituiu os “Artigos da Confederação”, pelo menos cinco dos treze estados que constituirão a federação, através dos seus sistemas judiciários, já haviam anulado normas internas por se mostrarem desconformes às correspondentes constituições estaduais. Este controlo normativo pelos

⁷⁰ NT (do original em língua inglesa): «*Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each*».

⁷¹ NT: (do original em língua inglesa): «*If the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they apply*».

⁷² NT (do original em língua inglesa): «*to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*».

tribunais – mesmo que não resultante do texto da Constituição Federal – não seria, portanto, estranho à cultura jurídica norte-americana⁷³.

A jurisprudência norte-americana que se seguiu a *Marbury v. Madison* veio estender o controlo judicial da constitucionalidade perante a Constituição federal às constituições e às leis dos estados federados, como mostram as decisões *Martin v. Hunter* (US Supreme Court. Proc. 14 US 304, 1816), *Cohen v. Virginia* (US Supreme Court, Proc. 19 US 264, 1821), e, *Dodge v. Woolsey* (US Supreme Court, Proc. 59 US 331, 1855) e *Ableman v. Booth* (US Supreme Court, Proc. 62 US 506, 1859).

No primeiro destes, a *Supreme Court* apontou que «[o]s tribunais dos Estados Unidos podem, sem dúvida, examinar os procedimentos das autoridades executivas e legislativas dos Estados, e se as entenderem contrárias à Constituição, podem declará-las sem nenhuma validade legal» (US Supreme Court. Proc. 14 US 304, 1816)⁷⁴. Salta à vista a natureza expositiva desta decisão, sendo que uma maior justificação para a *judicial review* do direito estadual face ao direito federal (a Constituição e as leis), agora abrangendo também as decisões judiciais estaduais, só surge em 1821 com *Cohen v. Virginia*:

«A constituição e as leis de um Estado, na medida em que repugnam a Constituição e leis dos Estados Unidos, são absolutamente nulas. Num sistema político assim constituído, será irrazoável que o poder judicial seja competente para dar eficácia às leis constitucionais da legislatura? Esse departamento [o poder judicial] pode decidir sobre a validade da constituição ou das leis de um Estado, se estas forem repugnantes à Constituição ou à lei dos Estados Unidos. Será irrazoável que possua também o poder para decidir sobre uma sentença

⁷³ Algo que, mesmo assim, fora repetidamente posto em causa (WATSON, 1915: 4-6). Grande parte da crítica ao poder de *judicial review* dos tribunais justifica a sua posição através de uma suposta recusa em aprovar esse mesmo poder nas sessões de trabalho da Convenção Constitucional. Watson explica, no entanto, que a recusa foi apenas no que toca a três propostas de criação de um *conselho de revisão* (legislativo) composto pelo chefe do órgão executivo e pelos membros da *Supreme Court*, e não de um poder de revisão do poder judicial. Nas palavras de WATSON: «No student of the Constitution and no one ordinarily versed in the law will claim that a motion, a resolution, or an amendment, which simply seeks to create a council of revision, is the same as conferring upon judges the power to pass upon the constitutionality of legislation. It is not only inaccurate as a historical fact, to say that such a proposition was introduced into the convention and there defeated, but it is wrong to mislead the public upon such an important question. Three times the convention defeated a proposition creating a council of revision, but at no time did it defeat a proposition conferring on the courts power to interpret statutes and declare them unconstitutional. No such proposition was submitted to the convention and therefore could not have been defeated...» (WATSON, 1915: 6).

⁷⁴ NT (do original em língua inglesa): «The courts of the United States can, without question, revise the proceedings of the executive and legislative authorities of the States, and if they are found to be contrary to the Constitution, may declare them to be of no legal validity».

de um tribunal estadual que aplique tal lei inconstitucional? (...) Pensamos que não»⁷⁵ (US Supreme Court, Proc. 19 US 264, 1821).

Notar-se-á, portanto, um controlo não apenas sobre a constituição e as leis das unidades federadas em relação aos instrumentos normativos federais – a lei e a Constituição federais – mas também sobre as decisões judiciais dos tribunais dos Estados, se as mesmas aplicarem normas inconstitucionais.

Já em *Dodge v. Woolsey*, a *Supreme Court* explica as razões de natureza sócio-política por detrás do *judicial review*, fazendo um balanço da legitimidade do poder legislativo em emanar leis em nome do povo e a do poder judicial em controlar a validade e a aplicação dessas mesmas leis. O resultado acaba por ser uma ode ao poder judicial de fazer prevalecer a Constituição, a todos os níveis, como garantia da igualdade dos cidadãos dos vários Estados:

«Os homens unem-se na sociedade civil, com a expectativa de gozar pacificamente aquilo que lhes pertence (...). Isso apenas pode ser cumprido por boas leis, com providências adequadas ao estabelecimento de tribunais de justiça e para a aplicação das suas decisões. O direito ao seu estabelecimento nasce da mesma fonte que determina a extensão dos poderes legislativos e executivos do Governo. (...) Sem tal tribunal, os cidadãos de cada Estado não poderiam ter o gozo de todos os privilégios e imunidades dos cidadãos dos vários Estados, nos termos da segunda secção do artigo 4.º da Constituição. (...) Sem o Supremo Tribunal, constituído constitucionalmente e legislativamente, nem a Constituição nem as leis aprovadas no seu seguimento, nem os tratados, seriam postos em prática...»⁷⁶ (US Supreme Court, Proc. 59 US 331, 1855).

⁷⁵ NT (do original em língua inglesa): *«The constitution and laws of a State, so far as they are repugnant to the Constitution and laws of the United States are absolutely void. In a government so constituted, is it unreasonable that the judicial power should be competent to give efficacy to the constitutional laws of the legislature? That department can decide on the validity of the constitution or law of a State, if it be repugnant to the Constitution or to a law of the United States. Is it unreasonable that it should also be empowered to decide on the judgment of a State tribunal enforcing such unconstitutional law? (...) We think it is not».*

⁷⁶ NT (do original em língua inglesa): *«Men unite in civil society expecting to enjoy peacefully what belongs to them (...) That only can be accomplished by good laws, with suitable provisions for the establishment of courts of justice, and for the enforcement of their decisions. The right to establish them flows from the same source which determines the extent of the legislative and executive powers of the Government. (...) Without such a court, the citizens of each state could not have enjoyed all the privileges and immunities of citizens in several states, as they were intended to be secured by the second section of the 4th Article of the Constitution (...) Without the Supreme Court, as it has been constitutionally and legislatively constituted, neither the Constitution nor the laws of Congress passed in pursuance of it, nor treaties would be in practice...».*

O último caso, *Ableman v. Booth* (US Supreme Court, Proc. 62 US 506, 1859), confirma este pensamento e fortalece a tese de pensamento federalista – que clamava por um governo central forte, cujos poderes ultrapassavam em larga medida os dos Estados – e que surge nas vésperas do que seria a guerra civil norte-americana (Taylor, 2003: 101). Com efeito, WATSON (1915: 9) aponta mesmo que não há «*more forceful exposition of the power of the Federal courts, under the Constitution, to declare invalid an act of Congress which conflicts with the Constitution*», pelo que leva a doutrina do controlo judicial da constitucionalidade das normas «*to its extreme limit*».

Esta decisão assenta no pressuposto da transferência de poderes originários dos Estados para o governo federal, o que limita obrigatoriamente a atuação das unidades federadas, em prol do bem da União, cuja determinação caberá sempre ao poder federal: «*os direitos soberanos que os Estados possuíam deviam ser cedidos ao Governo-Geral, e (...) na esfera de ação do mesmo, este deveria ser supremo e suficientemente forte para executar as suas leis através dos seus tribunais, sem interrupção de um Estado ou das autoridades Estaduais*» (US Supreme Court, Proc. 62 US 506, 1859)⁷⁷.

Talvez o mais importante aspeto desta decisão se encontre no momento em que a *Supreme Court* anuncia que, perante a inexistência da capacidade de submeter a atuação dos Estados ao controlo federal, o cenário resultante seria o da atuação estadual através da influência de interesses locais – o que por sua vez determinaria a possibilidade de conflitos entre os mesmos.⁷⁸ Mas explica que este mesmo controlo serve também para impedir, como já mencionamos, a absorção de competências estaduais por parte do Estado federal – uma salvaguarda destinada a equilibrar a repartição de competências dentro da federação.

«Foi evidente que qualquer solução aquém disso seria inadequada para atingir os objetivos principais para os quais este governo foi estabelecido; e que interesses locais, animosidades ou preconceitos locais, incitados e fomentados por indivíduos com propósitos sinistros, levariam a atos de agressão e injustiça, por um Estado contra os direitos de outro, o que

⁷⁷ NT (do original em língua inglesa): «*the rights of sovereignty which the States then possessed should be ceded to the General Government, and that in the sphere of action assigned to it, it should be supreme and strong enough to execute its own laws by its own tribunals, without interruption from a State or from State authorities*».

⁷⁸ Algo que, não obstante, acabou por se verificar passados dois anos, com o eclodir do conflito entre a Confederação de Estados do Sul e os restantes Estados Unidos (norte), remetendo-nos – pois figura como uma das causas do mesmo – para o problema da repartição das competências Estados-Federação, ou seja, dos *direitos dos Estados federados* face ao poder do governo federal, uma preocupação já à data prevista na 10.^a emenda à Constituição federal.

*terminaria em violência e no uso da força, a não ser que existisse um árbitro comum entre estes, armado com poder suficiente para proteger e guardar os direitos de todos através de leis apropriadas, a serem executadas pacificamente pelos tribunais judiciais...»*⁷⁹ (US Supreme Court, Proc. 62 US 506, 1859).

Com efeito, o precedente estabelecido por *Ableman v. Booth* reduz a autoridade dos tribunais estaduais cujas decisões se mostrem desconformes com o direito federal e com as decisões dos tribunais federais; nas palavras de TAYLOR (2003: 113), Roger Brooke Taney (o *chief justice* à data) «*completed the work of the Federalists*». Este pensamento, por sua vez, separa as *esferas de influência* dos tribunais estaduais e federais, «*but that in all cases the states answer to the federal government*» (TAYLOR, 2003: 113).

Não obstante a pronúncia de decisões posteriores que confirmam este pensamento (WATSON, 1915: 9), consideramos que o exposto demonstra, com certo grau de sucesso, que, a jurisprudência suprema norte-americana preocupou-se em salvaguardar, por um lado, o funcionamento da federação através da hierarquização normativa e por outro, através da submissão dos estados, incluindo os seus órgãos jurisdicionais à autoridade federal da *Supreme Court*.

Porém, igualmente relevante para a exposição, encontra-se o conflito conceptual relativamente aos efeitos da declaração da desconformidade de uma lei incompatível com a constituição federal (TRIBE, 2000: 213-214). Estes distinguem-se relativamente à amplitude de efeitos no que concerne às pessoas abrangidas pelos mesmos, mas também no que se relaciona à sua aplicação no tempo. Seriam os efeitos desta desconformidade a *invalidade* da norma afetada, impedindo a mesma – através de um precedente judicial – de ser novamente aplicada, ou na opinião de alguns, restringidos somente à relação jurídica submetida a julgamento? E produzirá esta pronúncia efeitos meramente prospectivos, ou serão também possuidores de *efeitos retroativos*?

No que respeita à primeira questão – a amplitude de efeitos –, TRIBE explica no seu tratado sobre *American Constitutional Law* (2000: 215) que, com o tempo, ambas as posições, inicialmente antagónicas, acabam por ser tidas em consideração numa posição

⁷⁹ NT (do original em língua inglesa): «*It was evident that anything short of this would be inadequate to the main objects for which the Government was established; and that local interests, local passions or prejudices, incited and fostered by individuals for sinister purposes, would lead to acts of aggression and injustice by one State upon the rights of another, which would ultimately terminate in violence and force, unless there was a common arbiter between them, armed with power enough to protect and guard the rights of all by appropriate laws, to be carried into execution peacefully by its judicial tribunals...»*

puramente pragmática na sua conceção. Isto é, nas suas decisões judiciais, a *Supreme Court*, por *adjudicação*, soluciona principalmente um litígio entre as partes, mas essa realidade – a da solução jurídica dada a um certo caso – não é tida por incompatível com um pensamento alargado, que assuma essa interpretação do direito como uma «*norm of broad applicability that cannot be ignored by future litigants*»⁸⁰.

No que concerne à retroatividade dos efeitos das decisões de *judicial review*, TRIBE (2000: 216) pressupondo que as normas inconstitucionais são absolutamente inexistentes, defende que «*individuals convicted under the statute or in trials which tolerated the practice were convicted unlawfully even if their trials took place before the declaration of unconstitutionality; such a declaration should have fully retroactive effect*». Parece então pressupor uma regra geral de retroatividade para as declarações de inconstitucionalidade com fundamento na violação do direito federal, como reflexo da «*applicable theory of lawmaking*».

Relativamente aos tribunais estaduais, conforme explica RUBIN (1979:67-68), também estes se encontram vinculados à Constituição federal, controlando a conformidade das normas estaduais, não apenas perante a Constituição estadual, mas também a Constituição federal – «*[t]he basic tenent of judicial review is that, where applicable, the provisions of the United States Constitution must control judicial decision making*». É esse aspeto que confere ao sistema de controlo da conformidade do direito estadual com o direito federal um traço de descentralização de competências judiciais.

As decisões dos tribunais estaduais concentram-se, todavia, em diferentes áreas de relevo daquelas da dinâmica federal/estadual, isto é, preocupam-se maioritariamente, pelo menos, num momento inicial, com a proteção judicial das prerrogativas próprias dos

⁸⁰ Esta interpretação remete-nos para uma conceção mais ou menos coincidente com a de *precedente persuasivo* – um conceito de precedente que normalmente não identificamos com ordenamentos jurídicos de cariz anglo-saxónico/americano. Naturalmente que as considerações que decorrem do sistema constitucional norte-americano – como, por exemplo, as expostas em *Marbury v Madison* (US Supreme Court, Proc. 5 US 137, 1803) e *Ableman v. Booth* (US Supreme Court, Proc. 62 US 506, 1859) – determinam que surja uma obrigação efetiva de obediência à interpretação da lei do tribunal superior na hierarquia judicial, embora um dos pressupostos para que esta obrigação *precedente* opere constitui-se como um critério de clareza na aplicação dessa mesma interpretação (TRIBE, 2000: 215). É curiosa a similitude com o critério do *ato claro* na jurisprudência do TJUE, na decisão *CILFIT* (TJUE, Proc. C-283/81, 1982, cons. 21), embora este exista para dispensar os tribunais dos Estados-membros de proceder a reenvio prejudicial. Não deixa de estar aqui subjacente uma preocupação com a interpretação uniforme da norma jurídica a aplicar, sendo que em *CILFIT*, dada a *clareza* do *ato*, o risco de interpretações desconformes é reduzido, enquanto no ordenamento jurídico norte-americano este opera através de um precedente judicial. Será importante, neste ponto, relembrar que um dos critérios de dispensa do reenvio naquele acórdão do TJUE é também a existência de um acórdão interpretativo, anterior ao caso em apreço, o que aproxima ambas as realidades – europeia e norte-americana –, dado que um acórdão interpretativo, produto de um reenvio prejudicial nos termos do art.º 267.º TFUE, destinar-se-á a fornecer uma interpretação clara da norma jurídica sob a qual o tribunal nacional tenha dúvidas.

tribunais face ao restante poder público, veja-se a opinião de Charles SHELDON (1987: 72): «*judicial review* [pelos tribunais estaduais] *meant that judges dealt most specifically with the acts and actions of the other branches of government which infringed upon the functions of courts (...). The state courts concentrated on drawing and defending the boundaries of the judiciary in the separation of powers scheme rather than on extending their interests into the legislative or administrative areas*». Nem sempre foi assim, pois, como indica LANGER (2002: 9), desde os anos 70 do século passado que os tribunais estaduais têm vindo a adotar uma postura de “ativismo” perante o processo legislativo estadual.

Veja-se o exemplo das decisões *Jones v. Milwaukee County* (Supreme Court Wis., 1992, 485 N.W. 2d 21, 1992) e *Mitchell v. Steffen* (Supreme Court Min., 504 N.W. 2d 198, 1993), em que os Supremos Tribunais dos Estados do Wisconsin e Minesota, respetivamente, declararam as obrigações de permanência aos residentes dos respetivos Estados, um requisito de acesso aos apoios sociais, contrários não apenas às constituições estaduais, mas também à Constituição federal.

Dos elementos federais que aqui se retiram, nomeadamente a primazia do direito federal (Constituição e legislação) sobre o direito dos estados federados, o controlo da constitucionalidade das normas – de entre as quais figuram as normas estaduais – decorrente da obrigação de lealdade estadual perante a autoridade das entidades federais e os efeitos de uma declaração de desconformidade normativa, apenas um, o controlo de constitucionalidade federal das normas exercido pelos tribunais estaduais não encontra existência homóloga, *em plena igualdade*, no ordenamento jurídico da União Europeia. Antes de avançar em qualquer consideração comparativa, convém lembrar que todos estes elementos são de criação jurisprudencial. Com efeito, e como já se demonstrou no segundo capítulo deste trabalho, o direito da União possui também ele, o princípio da primazia, primado ou *supremacy* (TJUE, Proc. 6/64, 1964), uma obrigação de cooperação leal (art.º 4.º n.º 3 do TUE), da qual decorre o *princípio da efetividade*, a competência do TJUE para a interpretação vinculativa do direito da União –, visando uma interpretação e aplicação uniformes, por todos os órgãos jurisdicionais no território da União –, e finalmente, uma ampla e desenvolvida doutrina no que se relaciona com os efeitos da jurisprudência do seu Tribunal (TJUE, Proc. 43/75, 1976 e TJUE, Proc. C-244/80, 1981).⁸¹ Dois destes elementos

⁸¹ Para mais sobre os efeitos dos acórdãos interpretativos da União Europeia, *vide* E. Oliveira e SOUSA (2012). Já à data, escrevemos sobre a possibilidade de o Tribunal de Justiça limitar os efeitos no tempo, quer do direito da União, assim como da sua própria jurisprudência: «[e]m resposta a esta pergunta [do tribunal de reenvio em *Defrenne 2*] o Tribunal de Justiça interpreta o âmbito de aplicação do artigo 119º do Tratado que institui as Comunidades, indo muito para além da fixação da aplicação da lei no tempo» (SOUSA, 2012: 80);

têm origem na jurisprudência do Tribunal de Justiça e apenas o princípio da cooperação leal tem a sua origem nos Tratados, não obstante o seu corolário da efetividade ter sido sujeito a desenvolvimento posterior às mãos do Tribunal de Justiça.

Até o elemento da *judicial review* encontra um certo grau de correspondência no ordenamento constitucional da União Europeia. Este será, portanto, a obrigação de controlo da legalidade normativa por parte dos tribunais estaduais em respeito ao direito federal; assim – do *nosso lado* da questão –, embora não estejam os tribunais dos Estados-membros obrigados a invalidar as normas estaduais desconformes com normas de direito da União Europeia, eles *encontram-se obrigados a desaplicar estas normas*, independentemente da consequência sobre o seu valor normativo. Guardaremos esta diferença essencial – pois constitui um elemento sistémico-federal que consideramos importante para o objetivo que nos propomos atingir – para análise posterior, junto dos restantes elementos federais que se consigam retirar dos outros ordenamentos jurídicos que iremos ver em seguida.

3.3.2. Canadá

O ordenamento jurídico-constitucional do Canadá mostra-se como um dos mais curiosos na questão do *judicial review* das normas desconformes à Constituição. Primeiro porque, ao contrário de todo o interesse que a questão mereceu nos Estados Unidos, a doutrina jurídica canadiana mostrou-se largamente desinteressada do problema do controlo da constitucionalidade das normas infraconstitucionais por desconformidade com a Constituição federal.

Este “desinteresse” parece justificar-se pela ausência de um catálogo de direitos fundamentais na constituição do Canadá até 1982, a qual passou a integrar uma *charter* através do *Constitution Act 1982* (SMITH, 1983: 115)⁸². Por outro lado, a existência na província do Quebec de um sistema jurídico híbrido com fortes elementos de cariz romano-germânico, de origem francesa, exigia aos seus tribunais um exercício de adaptação

e ainda sobre prática de *prospective overruling* na sua jurisprudência: «[n]ão radica de nenhuma incapacidade do Tribunal de Justiça para fazer *retrospective overruling*, dado que este já fixou os efeitos produzidos por uma disposição do tratado no tempo» (SOUSA, 2012: 102, nota 270).

⁸² Esta autora apelida o poder dos juizes norte americanos – na perspectiva dos juristas canadianos – como «*fascinating*», dado que estes conseguiram impor com êxito, face aos governos estaduais (e federal), os direitos constitucionalmente consagrados dos seus cidadãos. Antes do *Constitutional Act* de 1982, o *British North America Act 1867* já previa, muito limitadamente «*individual rights to denominational schools (...) and the use of the French and English languages in the debates, records, and journals of Parliament and the legislative assembly of Quebec, and in the courts of Canada and Quebec...*» (SMITH, 1983: 115).

a um modelo de controlo da constitucionalidade bastante diferente do aplicável *internamente* aos restantes atos provinciais⁸³.

O modelo de *judicial review* previsto no Canadá possui origens puramente jurisprudenciais, porque o poder de controlar a legalidade das normas, em respeito de uma hierarquia normativa preexistente, apresenta-se como amplamente aceite pelo poder judicial, algo que SMITH (1983: 116), perante a inexistência até 1982, de uma regra escrita nesse sentido, considera ser decorrente do sistema colonial britânico, pois «*[o]ther colonial courts throughout the British Empire had exercised this power...*». Tendo em conta esta manifesta ausência no texto do *British North America Act 1867* – o ato constitucional do Domínio do Canadá⁸⁴ –, escreve WEILER (1973: 234) que «*[y]et judicial review did come to be exercised in Canada immediately after Confederation and encountered so little inquiry or debate that it must have been tacitly assumed by everyone to be proper*». Nesse sentido, numa análise da *judicial review* prévia ao *Constitution Act 1982*, HAINES (1915: 570) explica que em qualquer dos três graus de jurisdição, à data existentes, no Canadá – *Provincial, Domínio* ou *Imperial* (no *Judicial Committee of the Privy Council*, o órgão jurisdicional supremo britânico em matéria colonial⁸⁵) – «*acts of Canadian legislatures may be impeached and may be declared ultra vires or unconstitutional*».

Ou seja, o *judicial review*, muito ao estilo do exercido pelos tribunais de alguns estados norte-americanos antes da Convenção Constitucional de maio de 1787, surge nos ordenamentos jurídicos de cariz anglo-saxónicos como uma *inerência natural do poder judicial*, assegurando a conformidade das normas *coloniais* em relação ao poder *imperial*. Esta tradição prossegue, na atuação jurisdicional, substituindo-se a figura da *colónia* pelo *Estado* e do *império* pelo do maior denominador comum, *in casu* a *federação*.

Esta lógica que acabamos de expor ganhava expressão no Canadá, antes do sistema atual de *judicial review* introduzido com o *Constitution Act 1982*, através da *Colonial Laws Validity Act 1865*, que determinava a invalidade de qualquer ato colonial, seja qual for a sua natureza, julgado incompatível com o direito imperial. Esta «*subordinate legislation*», como

⁸³ Em especial, tendo em consideração que o *judicial review* foi recentemente revisto e agrupado, quer nas suas vertentes normativa, administrativa e judicial, na sec. 529 do *Code de Procédure Civile* de 2016, cuja competência recai exclusivamente na *Cour supérieure*.

⁸⁴ Atualmente denominado por *Constitution Act 1867* por força da revisão constitucional – a *repatriação* como veremos adiante – levada a cabo pelo *Constitution Act 1982*. Por razões de exposição, até porque a jurisprudência anterior a 1982 refere-se ao mesmo pelo seu nome original, iremos manter a expressão *British North America Act* em todas as referências a este diploma constitucional.

⁸⁵ Um órgão cuja competência foi extinta, relativamente ao Canadá, em 1949, sendo posteriormente substituído pela *Supreme Court of Canada*.

WEILER (1973: 234) a apelidou, estaria sujeita a controlo de legalidade por parte dos tribunais coloniais e do *Judicial Committee of the Privy Council*. Obedecendo a esta lógica, o *British North America Act 1867*, que atribuía competências legislativas, quer às províncias, quer ao Domínio, revestiria obrigatoriamente natureza de lei imperial, portanto, qualquer ato *ultra vires* cometido pelos órgãos legislativos – violando as regras de competência – importaria uma violação do direito imperial, pelo que o ato resultante poderia ser sujeito ao controlo nos termos acima referidos (WEILER, 1973: 234)⁸⁶.

Neste sentido, em *The Queen v. Chandler* (Supreme Court NB, Proc. 12 New Burns. 556, 1869) o Tribunal Supremo decidiu que, se os parlamentos «*legislarem para além dos seus poderes ou desafiando as restrições às quais estão submetidos, as suas normas não são mais vinculativas que as regras ou regulamentos promulgados por outro órgão autorizado*»⁸⁷. Esta decisão mostra claramente a posição de submissão – a palavra *autorizado* – da legislação da colónia perante o poder imperial. Uns anos mais tarde, em *Ontario (AG) v. Canada (AG)* (JC Privy Council, Proc. UKPC 20, 1896, cons. 14), o *Judicial Committee of the Privy Council* elaborou mais concretamente que «*[j]á foi frequentemente reconhecido por este conselho, e poderá ser agora considerado como direito estável, que nos termos da estrutura do British North America Act, os atos do Parlamento do Canada, enquanto dentro da sua competência, devem sobrepor-se sobre a legislação provincial*»⁸⁸.

Esta posição não fora, porém, sempre consensual; HAINES (1915: 566-568) explica detalhadamente que parte da doutrina canadiana⁸⁹ (e até mesmo norte-americana sobre o

⁸⁶ No mesmo sentido, esclarecem HENAULT & TAILLON (2014: 27): «*l'Empire britannique pouvait, d'autant plus facilement, reconnaître à ses colonies (...) une forme croissante de liberté politique, celles-ci demeurant, sur le plan juridique, subordonnées au droit britannique*». Portanto, será importante demarcar aqui duas realidades coexistentes, aquela em que os domínios coloniais britânicos possuiriam uma certa determinação política, mas também a sua limitação, em contrapartida, resultante da sua submissão jurídica ao direito imperial. Caso diferente será aquele em que ambos os poderes possuem competência para a produção de legislação sobre determinada realidade, podendo dar origem a situações de sobreposição legislativa, a qual não reveste uma natureza *ultra vires* – nestes casos aplicar-se-á a doutrina do “*federal paramountcy*”, melhor definida no acórdão *Rothmans* (Supreme Court Can, Proc. 1 S.C.R. 188, 2005, cons. 11), nos seguintes termos: «*(...) onde existir uma inconsistência entre legislação provincial e federal validamente promulgadas mas em sobreposição, a legislação provincial é inoperante na medida da inconsistência*». NT (do original em língua inglesa): «*where there is an inconsistency between validly enacted but overlapping provincial and federal legislation, the provincial legislation is inoperative to the extent of the inconsistency*».

⁸⁷ NT (do original em língua inglesa): «*do legislate beyond their powers or in defiance of the restrictions placed on them, their enactments are no more binding than rules or regulations promulgated by any other authorized body*»

⁸⁸ NT (do original em língua inglesa): «*It has been frequently recognized by this Board, and it may now be regarded as settled law, that according to the scheme of the British North America Act, the enactments of the Parliament of Canada, in so far as these are within its competency, must override provincial legislation*».

⁸⁹ Uma posição que, embora minoritária, se alargou até à segunda metade do século passado. Para mais sobre este ponto de vista, vide STRAYER (1968). Ainda, em sentido contrário, vide LEDERMAN (1964).

fenómeno federal a norte⁹⁰), denota uma diferença notável entre as duas federações – quer no funcionamento dos seus atos constitucionais⁹¹ (a Constituição dos Estados Unidos e o *British North America Act 1867*), quer no facto de que tal também se traduziria na ausência de poderes dos tribunais para controlar a validade dos atos legislativos. Como explica, «*there is marked lack of agreement as to the relation of courts to legislation under the Canadian Constitution*» (HAINES, 1915: 568).

A falta de consenso, nesta parte, pelo menos até ao início do século passado, não parece contrariar, de maneira alguma, a falta de interesse no assunto que denotamos na abertura deste inciso no ordenamento jurídico canadiano. De facto, a análise da questão, de ambos os lados da fronteira, surge quase sempre em estudos comparativos com o vizinho a norte ou a sul, derivando da tentativa de importar técnicas ou conceitos utilizados nesse lugar.

Um dos exemplos desta tentativa de importação pode ser encontrado no acórdão *Thrasher* (Supreme Court BC, Proc. 1 Brit Col 153, 1882) proferido pelo *Supreme Court of British Columbia*:

«*Em casos como este, onde não temos nenhuma, ou quase nenhuma, decisões Inglesas para nos guiar, pois tais federações não existem lá, as autoridades dos Estados Unidos, onde existem entidades políticas muito semelhantes, embora não nos vinculem, merecem a maior atenção e respeito...*» (Supreme Court BC, Proc. 1 Brit Col 153, 1882)⁹².

Claramente que, sem prejuízo desta tentativa de importação de elementos de cariz federal –, algo que, em perspetiva, muito se assemelha ao intuito deste capítulo, como dissemos –, os tribunais do Canadá já possuíam o poder de *judicial review*, sob a vigência

⁹⁰ «*The other greatest difference between the neighboring countries lies in the fact that Canada, having no written constitution, necessarily makes her legislature supreme. Canadian courts, like those of England, have no power to declare statutes unconstitutional*» (HARLEY, 1914: 343-344). Esta posição contradiz abertamente SMITH (1983) que, como vimos acima, admite que este poder é aceite pelos tribunais, até fazendo parte da tradição colonial britânica.

⁹¹ A ausência, até à *Charter* em 1982, de limites à atuação no âmbito legislativo dos Estados, em contraposição com o *Bill of Rights* norte-americano, constituiria uma das grandes diferenças entre as duas federações. «*There is no realm of protection to the individual or to property interests which constitute the scope of civil liberty in America (...). This characteristic is referred to as the omnipotence of Canadian legislatures within their respective spheres*» (HAINES, 1915: 568). Outra diferença estaria – já a nível legislativo – na repartição de competências entre as unidades federadas e a federação, apresentando-se um sistema quase de natureza devolutiva, isto é, as províncias agiriam no escopo dos poderes atribuídos pelo governo federal, ao invés do sistema norte-americano, em que, nos termos da 10.^a emenda à Constituição, os poderes não atribuídos ao governo federal pertencerão aos Estados federados (HAINES, 1915: 569).

⁹² NT (do original em língua inglesa): «*In cases like this, where we have no, or scarcely any, English decisions to guide us, for such federations do not exist there, the authorities of the United States, where very similar political bodies exist, though not binding on us, are entitled to the greatest attention and respect...*».

do *British North America Act 1867*, embora neste diploma, nada nesse sentido constasse. Resta saber como o mesmo operava à data, assim como após o *Constitution Act 1982*, com a imposição positiva de uma regra de controlo relativa à constitucionalidade das normas.

Como dissemos acima, sob a vigência do *British North America Act 1867* – embora as disposições sob a epígrafe de “*Judicature*”, prevendo a nomeação de juizes (secs. 96 a 101) para os tribunais nos vários graus de jurisdição, inclusive da criação de novos tribunais para a «*boa administração das Leis do Canada*», nada dispusessem sobre as competências materiais desses mesmos tribunais –, um poder de controlo sobre a legalidade das normas, quer a sua origem fosse provincial ou federal, era efetivamente exercido pelos órgãos judiciais.

Este exercício era realizado a vários níveis na hierarquia judicial; por exemplo, em *Queen v. Dow* (Supreme Court NB, Proc. 14 New Burns Rep. 300, 1873), a *Supreme Court of New Brunswick* declarou como inválido um ato de direito provincial, por considerar que o mesmo se sobrepunha, indevidamente, em matéria que era da competência do Domínio federal; do mesmo modo, em *Re Assignments and Preferences Act* (Supreme Court Ont, Proc. 20 Ont. App. Rep. 489, 1893), o diploma provincial com o mesmo nome, cujo objeto seria colmatar as lacunas encontradas no regime de insolvências estabelecido pelo *Insolvent Act 1875*, viu várias disposições suas (relativas a matéria de insolvência) serem declaradas nulas, dado que essa matéria constituía «*competência exclusiva do parlamento federal*», nos termos da sec. 91 do *British North America Act 1867*.

No processo *Re provincial elections act* (Supreme Court BC, Proc. 8 Brit Col. 76, 1904), uma tentativa ilegítima da província da Columbia Britânica de impedir o recenseamento eleitoral de cidadãos japoneses para as eleições locais foi anulada por violar a competência exclusiva do Domínio em matéria de negócios estrangeiros, nos termos da sec. 132 do *ato fundamental* supracitado. O mesmo se verificou em *Leprohon v. Ottawa* (Supreme Court Ont, Proc. 2 Ont. App. Rep. 522, 1877), num caso de conflito de competências tributárias entre a província de Ontário e o Domínio. Portanto, ao nível provincial, através dos casos expostos, encontramos sobretudo *invalidades derivadas da falta de competência das províncias para legislar em matéria exclusivamente reservada para o nível federal*⁹³.

⁹³ Consistentemente, o contrário também se encontra na jurisprudência anterior ao *Constitutional Act 1982*, nomeadamente casos em que os tribunais provinciais invalidam atos do Domínio, com fundamento na falta de competência do mesmo em matéria exclusivamente reservada às províncias. *Gilhula* (Ont Court of Appeals, Proc. 10 Ont. L. Rep. 469, 1905) é um desses casos. Como explica SCHÜTZE (2006: 1025): «[n]ot many federal constitutions acknowledge this second type of “subsidiary competence”, whereby in the event of

Com a entrada em vigor do *Constitution Act 1982*, o pano de fundo do *judicial review* altera-se significativamente em função da mutação dos seus fundamentos. A inclusão na parte primeira da nova Constituição, da *Canadian charter of fundamental rights and freedoms*, implicou um maior controlo jurisdicional sobre a atuação do poder legislativo através da sec. 24, que entrega aos tribunais um poder de aplicar “*remedies*”, sem precedentes, desde que os mesmos fossem tidos pelo juiz como “*appropriate and just*”. Esta disposição, quando conjugada com a sec. 52, a qual prevê a primazia da Constituição e a inconstitucionalidade das normas desconformes, aproximou o *judicial review* no Canadá do exercido pelo país vizinho a sul (TREMBLAY, 2004: 517)⁹⁴.

Se antes os tribunais exerciam o seu poder de controlo relativamente a legislação das províncias e do Domínio, em função do seu dever de impor e respeitar o direito imperial vigente, agora com o *repatriamento* da Constituição e a independência plena do Canadá, a fundamentação deste controlo encontra a sua essência na vontade soberana do povo (HARRINGTON, 2012: 181). As considerações dos dois parágrafos anteriores rapidamente ganharam forma, passados três anos da entrada em vigor da nova Constituição. Em *R. v. Therens* (Supreme Court Can, Proc. 1 SCR 613, 1985) a *Supreme Court of Canada* determinou que:

«[A] Carta deve ser compreendida, por causa do seu carácter constitucional, como uma nova afirmação de direitos e liberdades, do poder judicial e da responsabilidade relativamente à sua proteção. Tal resulta da sec. 52 do *Constitution Act, 1982*, que remove qualquer dúvida ou incerteza possíveis, relativamente ao efeito geral da Carta ao dispor que esta é parte da lei suprema do Canadá e que qualquer lei que seja inconsistente com as suas disposições será, na extensão dessa inconsistência, desprovida de força ou efeito» (Supreme Court Can, Proc. 1 SCR 613, 1985)⁹⁵.

a conflict between federal and state law, the latter would prevail. This solution can, however be found in Canadian Federalism».

⁹⁴ Nas palavras deste autor: «*Chief Justice Marshall’s reasoning in Marbury has actually been conceived as offering the theoretical premises that can justify the supremacy of the Canadian Constitution and the legitimacy of judicial review in Canada*» (TREMBLAY, 2004: 517).

⁹⁵ NT (do original em língua inglesa): «*the Charter must be regarded, because of its constitutional character, as a new affirmation of rights and freedoms and of judicial power and responsibility in relation to their protection. This results from s. 52 of the Constitution Act, 1982 which removes any possible doubt or uncertainty as to the general effect which the Charter is to have by providing that it is part of the supreme law of Canada and that any law that is inconsistent with its provisions is to the extent of such inconsistency of no force and effect.*»

Nesse mesmo ano, a *Supreme Court* aprofunda a fundamentação dada ao *judicial review*, ao mencionar que o mesmo decorre da vontade soberana do povo contida na Constituição:

«A capacidade para anular as leis dos representantes democraticamente eleitos deriva da sua legitimidade de uma fonte supralegislativa: o texto da Constituição. Este documento fundamental (no Canadá, uma série de documentos) exprime o desejo do povo em limitar o poder legislativo em certas formas especificadas. Porque a nossa Constituição é rígida, esses limites não podem ser alterados por recurso ao processo democrático ordinário. Todavia, não estão escritas em pedra, e podem ser modificadas através de uma maior expressão da vontade democrática: uma emenda constitucional» (Supreme Court Can, Proc. 2 SCR 496, 1985)⁹⁶.

Estas duas decisões confirmam a aproximação do estilo decisório da *Supreme Court of Canada* à da sua congénere norte-americana. Por um lado, temos o reconhecimento do *Constitution Act 1982* e da *charter* que este inclui, como a lei suprema do Canadá e da consequência em sede da desconformidade das normas, e por outro lado, temos a fundamentação do poder do *judicial review* na vontade soberana do povo representada no dever de atuação dos poderes públicos (HARRINGTON, 2012: 182).

HARRINGTON (2012: 178) identifica nestas decisões três “teorias” decorrentes de *Marbury v. Madison* (US Supreme Court, Proc. 5 US 137, 1803), teorias avançadas inicialmente por TREMBLAY (2004: 517-521), para explicar o fenómeno de aproximação decisória de que falamos acima, e que em conjunto, fundamentam o poder de *judicial review*, nomeadamente: (i) a teoria do povo soberano (*sovereign people*); (ii) a teoria da agência em nome do povo (*agency of the people*); (iii) e a teoria do dever judicial (*judicial duty*)⁹⁷.

Relativamente à existência da província do Quebec, cujo sistema jurídico possui uma forte influência de cariz romano-germânico⁹⁸, é importante proceder à caracterização

⁹⁶ NT (do original em língua inglesa): «*The ability to nullify the laws of democratically elected representatives derives from its legitimacy from a super-legislative source: the text of the Constitution. This foundational document (in Canada, a series of documents) expresses the desire of the people to limit the power of legislatures in certain specified ways. Because our Constitution is entrenched, those limitations cannot be changed by recourse to the usual democratic process. They are not cast in stone, however, and can be modified in accordance with a further expression of democratic will: constitutional amendment*».

⁹⁷ Ficaria de fora uma quarta teoria, a da *vontade originária* (*Original intention*), através da qual, na interpretação da constituição em sede de *judicial review* dos atos submetidos a julgamento, o tribunal deve atender ao *animus* do poder constituinte, descortinando a motivação original por detrás da norma constitucional (HARRINGTON, 2012: 179).

⁹⁸ Será necessário, neste ponto, compreender que o sistema jurídico do Quebec, ao longo do seu desenvolvimento em paralelo com aquele do Domínio, não obstante ter-lhe sido inicialmente imposto um

do sistema jurídico e da relação entre os órgãos jurisdicionais a ambos os níveis – provincial e federal. Antes de mais, o sistema jurídico existente no Quebeque, como dissemos, possui uma forte influência de cariz romano-germânico, algo amplamente aceite ao nível federal: por exemplo, a sec 92 n.º 13 do *Constitution Act 1982* (já presente no *British North America Act 1867*), consagra a competência exclusiva das províncias em matérias de «*property and civil rights*», algo claramente direcionado a permitir a autonomia do ordenamento jurídico do Quebeque nessas matérias. Reveste ainda mais relevo esta autonomia, quando se verifica que logo de seguida, na sec. 94, a Constituição reserva para o poder federal a possibilidade, se necessário, de uniformizar essas matérias (e o respetivo processo) apenas nas províncias de Ontário, Nova Scotia e New Brunswick, pelo que o Quebeque fica de fora desta possibilidade de uniformização legislativa federal.

No entanto, em virtude de estar inserida num sistema federal, onde a competência de criação nos restantes ramos jurídicos caberá ao parlamento canadiano – falamos aqui do direito penal (e do seu processo) e ainda outras matérias cuja importância justifica um valor normativo acima daquele das províncias⁹⁹ –, o ordenamento jurídico interno do Quebeque mistura os elementos acima expostos, de *civil* e *common law*, resultando daí um sistema híbrido (POPOVICI, 2009: 227). Aliás, este esforço de «*bijuridisme*» (POPOVICI, 2009: 230) resultou na promulgação, por parte do governo federal de duas leis de harmonização, na primeira metade da década passada, procurando aproximar os conceitos jurídicos do direito federal de *common law* aos resultantes do *code civil 1994* (TETLEY: 2003: 183), conforme se retira do preâmbulo da primeira *loi d'uniformization* de 2001: «*...qu'une interaction harmonieuse de la législation fédérale et de la législation provinciale s'impose et passe par une interprétation de la législation fédérale qui soit compatible avec la tradition de droit civil ou de common law, selon le cas*».

Portanto, existe um sistema híbrido no Quebeque, o qual ganha expressão nos tribunais, pelo menos em três níveis distintos: (i) na organização judiciária – influenciando

modelo anglo-saxónico com a *Royal Proclamation 1763*, acaba por voltar à sua natureza civilística de cariz romano-germânico (ou de *droit civil*) cerca de uma década depois (WALTON, 1913: 218), a qual tem implicações a nível do relacionamento jurisdicional entre os níveis estadual e federal.

⁹⁹ Nas palavras de WALTON (1913: 225): «*the intention was to leave to each province its complete autonomy in regard to matters which did not affect persons outside its limits, and to transfer to the Dominion the control of those matters which affected the Dominion generally, or at least two or more of the provinces*». Em boa verdade, situar-se-á aqui um somatório de matérias ligadas à administração pública do Domínio e, portanto, pertencentes ao direito público, mas este autor apresenta uma lista bastante extensiva, das quais retiramos: «*Postal Service, the Census, the Military and Naval Services, Shipping, Quarantine, Currency, Bills of Exchange, Interest, Patents and Copyrights, Weights and Measures, the Criminal Law* [ao contrário dos Estados-Unidos, que possui um modelo dual relativamente aos diferentes tipos de crime, que podem revestir natureza estadual ou federal], *the Law of Naturalisation, and the laws relating to Indians*».

a própria composição da *Supreme Court of Canada* em consequência do *droit civil* aplicável na província; (ii) da questão do precedente judicial característico dos sistemas de *common law* em conjugação com a atividade judicial do Quebec em matérias de *droit civil*; e (iii) do exercício de um controlo de legalidade sob as normas provinciais desconformes.

Do lado da *Supreme Court*, ao qual, por se encontrar no topo da hierarquia judicial federal, cumprirá, por inerência, conhecer matéria de *droit civil* nos recursos oriundos dos tribunais da província, a sec. 6 do *Supreme Court Act 1985* estipula que pelo menos três dos juizes deste tribunal «*shall be appointed among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the province of Quebec...*». Mas a tradição romano-germânica influenciou o estilo decisório da *Supreme Court* bem para além da proporção de juizes *droit civil/common law*. Conforme explica GLENN (2001:156), «*[l]'influence de la tradition civiliste est evidente aussi dans la conception de la fonction judiciaire articulée par la Cour suprême*», conseguindo mesmo em certos momentos, não obstante o impulso harmonizador do legislador federal, aplicar conceitos inerentes aos sistemas de direito civil, cujo melhor exemplo se encontra no afastamento de interpretações rígidas – e bastante comuns num sistema baseado em precedentes judiciais – quando perante a aplicação de normas do *code civil* existente no Quebec (GLENN, 2001: 160).

Esta flexibilização do exercício jurisdicional por parte da *Supreme Court*, que ganha forma na aplicação de normas pertencentes a ambas as famílias de direito em casos oriundos dos tribunais quebequenses, determinará que a regra do precedente, característica dos sistemas de *common law*, possa ver a sua aplicação excecionada, caso a *Supreme Court* exerça a sua jurisdição em matéria de *droit civil*. Ao contrário da regra existente nos ordenamentos de cariz anglo-saxónico, em que os tribunais se encontram vinculados ao sistema preestabelecido de decisões judiciais a nível horizontal, sendo apenas possível aos tribunais superiores na hierarquia judicial quebrar essa corrente decisória (CROSS & HARRIS, 1991: 30), em matéria de *droit civil* aplicar-se-á a regra continental em que o tribunal apenas se encontra vinculado perante a letra da lei.

WALTON (1913: 229) descreve este afastamento da regra de precedente como influência do direito francês, mas que no Quebec, a influência anglo-saxónica faz-se sentir através da prática judicial em que, havendo já uma corrente decisória estável, que visa aplicar a lei num certo sentido, «*a working compromise is arrived at, that where there is a "jurisprudence" upon a certain point, this is not to be disturbed unless it be by a court of higher jurisdiction than the courts which created the "jurisprudence"*» (WALTON, 1913:

230). No entanto, esta decisão judicial precedente não é de forma alguma vinculativa para os órgãos jurisdicionais que posteriormente decidam sobre uma questão semelhante, ou seja, parece-nos existir aqui um reforço – no costume judicial, cuja origem se deve à influência pela *common law* – de um precedente que seria meramente persuasivo, não obstante o juiz se encontrar apenas vinculado perante a lei.

Finalmente, no que se reporta ao exercício de um controlo judicial sobre a validade, e até mesmo da constitucionalidade, da legislação no Quebeque, é importante primeiro abordar um meio importante de excepcionar este mesmo controlo, isto é, a possibilidade prevista na sec. 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, de uma legislatura provincial produzir atos normativos cuja constitucionalidade seria posta em causa por violar as secs. 2 e 7 a 15 da *Charter*¹⁰⁰, mas cuja aplicação continua a ser possível, através da introdução de uma cláusula excecional (– “não obstante”, ou *notwithstanding*) à aplicação destas secções¹⁰¹. Tal mecanismo vai permitir que o ato, na parte em que não obstar às matérias das secs. *supra*, se mantenha válido no ordenamento jurídico da província, algo que o Quebeque fez, com carácter geral, englobando todos os atos normativos provinciais, logo após a entrada em vigor do *Constitution Act 1982* (HOGG & BUSHELL, 1997: 83).

Aliás, ter isto em consideração é importante, pois o parlamento provincial do Quebeque fez entrar em vigor, no ano de 1988, uma lei que apenas permitia a utilização da língua francesa em *outdoors*, placas e outros instrumentos destinados à publicidade. Todavia, já havia decorrido do prazo desta declaração de excecionalidade com carácter geral, e por considerarem que a mesma violava a sec. 2 da *Charter*, vários comerciantes impugnaram a validade de várias disposições dessa lei, caso que eventualmente chega à *Supreme Court of Canada*, em *Ford v. Quebec* (Supreme Court Can, 2 S.C.R 712, 1988), a qual determinou a inconstitucionalidade de várias normas com o fundamento na discriminação da forma de expressão.¹⁰² Ora, o exercício desta possibilidade de escapar ao controlo da validade das normas provinciais, não obstante ser uma prerrogativa de qualquer

¹⁰⁰ A sec. 2 protege os direitos fundamentais à liberdade de consciência e religião, de pensamento, crenças, opinião e expressão, de reunião e de associação. Já as sec. 7 a 15, incluem o direito à vida, à liberdade e segurança; as sec. 8 e 9, o direito de não sofrer buscas ou detenções ilegítimas; a sec. 11, as garantias em sede de processo-crime; a sec. 12, a proibição de tratamento cruel; a sec. 13, a proteção contra a autoincriminação; a sec. 14, o direito a ter um intérprete; e a sec. 15, o direito à igualdade.

¹⁰¹ Uma declaração que nos termos do n.º 5 da sec. 33, manter-se-á em vigor durante cinco anos.

¹⁰² HOGG & BUSHELL (1997: 84) explicam que após esta decisão, dado que o prazo de cinco anos já teria decorrido, a província simplesmente aprovou nova legislação com conteúdo semelhante, protegida por uma cláusula nos termos da sec. 33 da *Charter*.

província, possui no Quebeque, como vimos, uma importância acrescida, e apresenta-se como uma *nuance* substancial ao controlo de validade exercício pelos tribunais.

Porém, o estudo do *judicial review* no Quebeque não se reduz aos meios de excepcionar esse mesmo controlo, pelo que o n.º 1 da sec. 529 do *Code de procédure civile* entrega à *Cour Supérieure* a possibilidade de declarar como «*inaplicável, inválida ou inoperante uma disposição de uma lei do Quebeque ou do Canada, um regulamento feito sob sua autoridade, um decreto do governo ou de uma ordem ministerial ou qualquer outra regra de direito*»¹⁰³. Também é possível à *Cour d'appel* receber, em sede de reenvio, nos termos da sec. 1 da *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, um pedido efetuado pelo governo provincial, com igual finalidade¹⁰⁴.

Esta definição extensiva dos atos submetidos ao controlo da *cour supérieure* (em sede de reenvio, realizado pelo governo provincial, à *Cour d'appel*) vem especificar o seu *pouvoir général de contrôle judiciaire* previsto na sec. 34 do mesmo diploma, e cuja disposição, juntamente com a sec. 529 n.º 1, devem ser necessariamente conjugadas com aquelas no *Constitution Act 1982*, relativas ao controlo da constitucionalidade das normas. Portanto, este controlo judicial “provincial” é, regra geral, exercido sobre os atos estaduais para os quais a legislatura federal reúne competências. Nas restantes matérias cuja natureza seja federal, estas só se encontram submetidas ao controlo de validade junto do poder provincial se for patente o carácter *ultra vires* da norma, nos termos da sec. 52 do diploma fundamental.

Um caso bastante recente, no qual várias disposições de uma lei federal foram declaradas *ultra vires* por violar a separação de competências provinciais/federais, perante um pedido pelo governo do Quebeque à *Cour d'appel*, em sede da *Genetic Non-discrimination Act* de 2017 (Queb Court of Appeals, Proc. 2018 QCCA 2193, 2018).¹⁰⁵

«[É] importante manter um equilíbrio justo e funcional entre os chefes dos poderes federal e provinciais. A existência de um estado federal depende da presença deste equilíbrio entre o governo central e os governos provinciais.

¹⁰³ NT (do original em língua francesa): «*déclarer inapplicable, invalide ou inopérante une disposition d'une loi du Québec ou du Canada, un règlement pris sous leur autorité, un décret gouvernemental ou un arrêté ministériel ou toute autre règle de droit*».

¹⁰⁴ Não obstante a sec. 1 apenas ler: «*[I]e gouvernement peut soumettre à la Cour d'appel, pour audition et examen, toutes questions quelconques qu'il juge à propos, et, sur ce, la cour les entend et les examine*». Será importante também esclarecer neste ponto que a *Cour d'appel* é um tribunal de cariz provincial, mas cujas decisões, nos termos da sec. 5.1 da *loi*, são passíveis de recurso para a *Supreme Court of Canada*.

¹⁰⁵ É importante indicar, no entanto, que uma das partes no processo, recorreu da decisão para a *Supreme Court of Canada*.

É por isto que os tribunais, conscientes da necessidade de preservar este equilíbrio para assegurar o futuro do Canada, não têm hesitado em invalidar disposições legislativas federais desconformes com as exigências do parágrafo 91 (27) da Lei constitucional de 1867.» (Queb Court of Appeals, Proc. 2018 QCCA 2193, 2018, cons. 26)¹⁰⁶.

Ora, tentando fazer uma análise comparativa com o sistema existente na União Europeia, a relação entre a província do Quebec e a federação do Canadá surge-nos como um dos melhores exemplos de diversidade, não apenas na natureza das soluções aplicadas, mas também da coexistência benéfica de sistemas jurídicos diferentes. Tal como na União Europeia, salvo as diferenças assinaláveis entre os Estados-membros – o que exigirá sempre um maior esforço harmonizador –, a relação unidade federada/federação no caso do Quebec está na origem do desenvolvimento de um sistema jurídico próprio; a diferença encontrar-se-á, por exemplo, na resistência muitas vezes encontrada nos Estados-membros da União, perante certos instrumentos harmonizadores.

Do mesmo modo, embora seja possível, como vimos, aos órgãos jurisdicionais das províncias declararem como inválidos atos normativos adotados pelo governo “central” fora das competências federais, não existe, ou pelo menos não nos mesmos moldes, sistema parecido na União Europeia. Certo que, mais uma vez, o TCF alemão, em *Solange I* (BVerfGE, Proc. 2 BvL 52/71, 1974, cons. A. I 7 c)), admitiu que os tribunais alemães poderiam submeter a própria norma comunitária a um controlo de constitucionalidade face à Lei Fundamental, o que poderia levar à sua consequente desaplicação, caso a mesma violasse os direitos fundamentais contidos nesta última¹⁰⁷. Como já vimos, na decisão *Maastricht-Urteil* (BVerfGE, Procs. 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92, 1993, cons. C. I 3), este órgão jurisdicional supremo decidiu que, caso as instituições da União ultrapassassem

¹⁰⁶ NT (do original em língua francesa): «*il importe de maintenir un équilibre juste et fonctionnel entre les chefs de compétences fédéraux et provinciaux. L'existence même d'un état fédéral dépend de la présence de cet équilibre entre le gouvernement central et les gouvernements provinciaux. C'est pourquoi les tribunaux, conscients de la nécessité de préserver cet équilibre pour assurer l'avenir du Canada, n'ont pas hésité à annuler des dispositions législatives fédérales non conformes aux exigences du paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnel de 1867*». Note-se a referência expressa à *Loi constitutionnel de 1867* (o *British North America Act 1867*), algo curioso, pois por um lado, embora o *Constitution Act 1982* seja apenas um ato de revisão constitucional, por outro, é perceptível aqui também, em certa medida, a recusa quebequense em reconhecer a constituição de 1982 que nunca fora aprovada pelo parlamento da província.

¹⁰⁷ Não obstante, em 1986, por razão do acórdão *Solange II* (BVerfGE, Proc. 2 BvR 197/83, 1986, cons. B. I bb) e cc), reconhece-se a crescente proteção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico da União Europeia.

o escopo das suas competências soberanamente atribuídas, legislando fora das mesmas, caber-lhe-ia (ao TCF alemão) a competência de fiscalizar esses mesmos atos¹⁰⁸.

Este “aviso” às instituições comunitárias, de um controlo efetivo sobre o exercício das suas competências por parte dos tribunais alemães e do próprio Tribunal Constitucional, no que concerne à aplicação do direito da União no território do seu Estado-membro, por alegada incompetência desta, identifica-se como um controlo sobre qualquer instrumento que se possa considerar *ultra vires*, situando-se na mesma linha de pensamento encontrado no sistema federal do Canadá, relativamente à repartição de competências legislativas entre as províncias e a federação. Mas este controlo, considerando que a União aqui se encontra a um nível federal, é feito relativamente à ingerência desta unidade maior face às competências soberanas conservadas pelos Estados-membros e não relativamente às tentativas destes de promulgarem leis cuja competência fora transmitida para o nível federal. Relembrando a diferença, perante a qual, em sede de ingerência estadual no plano de competências pertencentes à União, aplicar-se-á a regra do afastamento normativo, já no sistema federal canadiano, a norma provincial, por ser *ultra vires*, padece de nulidade, como vimos *supra*.

O sentido encontrado e cuja correspondência se estabelece, embora correspondente num plano “descendente”, em que a unidade maior se arroga de competências das unidades menores, já não se verifica em sentido contrário, pelo que o Tribunal de Justiça acaba, na sua solução já exposta e analisada no decorrer deste trabalho, por ser mais leniente com a tentativa de ingerência estadual – só a declarando como inaplicável.

Estando identificados os modelos jurisprudenciais puros, assim como os pontos correspondentes – tais como aqueles em que destes resultam um desencontro sistémico – entre sistemas federais e o ordenamento jurídico da União Europeia, avançaremos para os modelos normativos, nomeadamente os de origem continental.

3.4. Contributo do estudo comparado

3.4.1. Fundamento do *judicial review*

No Estados federais surgem três questões constitucionais de conformidade normativa, a saber: (i) a conformidade do direito federal ordinário com a Constituição federal; (ii) a conformidade do direito ordinário das unidades federadas com as respetivas

¹⁰⁸ *Vide supra* Cap. 2.3.2. d)

constituições; e (iii) a conformidade do direito das unidades federadas com o direito federal (desde logo, com a Constituição federal).

Sem colocar em causa a preexistente fiscalização da constitucionalidade a nível nacional nos Estados-membros, a integração de tipo federal da União Europeia veio, porém, suscitar os dois outros tipos de conformidade normativa, interessando-nos nesta dissertação o estudo dos mecanismos de controlo judicial da validade das normas nacionais desconformes com o direito da União.

Um dos problemas que esse controlo suscita é o do seu fundamento, quando comparado com o fundamento clássico do *judicial review* da constitucionalidade das normas infraconstitucionais com a Constituição, na tradição de *Marbury versus Madison*. Na verdade, com se viu de passagem ao tratar do caso canadiano, são várias os fundamentos adiantados para o justificar. Importa verificar a sua pertinência, quando aplicados à ordem constitucional da União Europeia.

Iremos, pelo interesse na facilidade da exposição, tentar estabelecer os pontos de correspondência entre o *judicial review* nos Estados federais típicos e no ordenamento jurídico da União Europeia. Será necessário ressaltar, porém, que o objeto em análise – as teorias avançadas pela doutrina – visam naturalmente justificar o fenómeno da legitimação da *judicial review* em *Marbury v. Madison*, sendo bastante mais restritos os critérios, por natureza, de que os *elementos federais* de que partimos à procura no início deste capítulo.

Começemos então pela teoria do *povo soberano*, que explica a capacidade fundamental de um povo estabelecer para si próprio, uma constituição – determinada pela «*supreme, indeed ultimate, moral and political authority*» desse mesmo povo (TREMBLAY, 2004: 517). Neste ponto fundamental, não se encontra qualquer correspondência com o ordenamento jurídico da União Europeia, nem se consegue defender uma posição nesse sentido, pois, desde a sua conceção, ele é fruto da criação convencionada dos Estados-membros. Nestes termos, a tese que fundamenta um *judicial review* assente nos princípios criados através da vontade soberana popular, não encontra eco, nem no sistema de Tratados, nem nas instituições por estes criados – e por extensão, para os seus atos. A inexistência de instituições constituídas exclusivamente por um *povo europeu*, através de um ato constituinte soberano, apresenta-se como contrária à ideia que sustenta a tese do *povo soberano*. A *cidadania da união*, sendo uma criação *exclusiva* dos Tratados, que exprimem a «*vontade dos Estados-Membros (...), não constitui um povo da União, que como pessoa*

jurídica autónoma tenha direito à autodeterminação» (BvefGE, Proc. 2 BvE 2/08, 2009, cons. 346)¹⁰⁹.

A segunda teoria, a teoria da *agência do povo*, perante a qual as competências e os *governmental powers* que derivam da construção constitucional dão forma à vontade popular (TREMBLAY, 2004: 518), decorre diretamente da primeira teoria, pelo que também não terá, nesses termos, nenhum acolhimento no ordenamento jurídico da União. Se a construção constitucional da União – e aqui aceitamos a designação dos Tratados como fazendo parte da *constituição material* da União (TJUE, Op. 1/91, 1991, cons. 21) – é obra dos Estados-membros, devidamente legitimados para o efeito, e com ratificação subsequente dos parlamentos nacionais, naturalmente que qualquer *judicial review* exercido com fundamento no Direito da União será sempre em agência dos poderes soberanos, e das competências, transferidos pelos Estados-membros, nunca em nome de um *povo europeu*.

Isto não quer dizer, porém, que não seja possível legitimar esse mesmo *judicial review*, com base no modelo de legitimação indireta das instituições da União, em primeiro lugar, porque os processos de revisão são levados a cabo e subsequentemente ratificados por órgãos estaduais democraticamente eleitos. Em segundo lugar, a crescente legitimação democrática das instituições – indiretamente, através das eleições nacionais, no caso do Conselho Europeu e do Conselho, e diretamente no caso do Parlamento, a *camara baixa*, através das eleições europeias –, visa colmatar o problema de longa data do chamado *deficit democrático* da União (MOUSSIS, 2015: 31); mesmo no caso da Comissão Europeia, cujo presidente é eleito pelo Parlamento Europeu sob proposta do Conselho, dando-lhe um “cunho duplo” de legitimidade, pois tal proposta é feita com base no resultado eleitoral para aquela instituição. Todas estas razões poderão fundamentar a correspondência a que um certo modelo alterado da *teoria da agência* possa ser encontrado no seio do poder judicial ordinário europeu.

Finalmente, vem a teoria do *dever judicial*, que TREMBLAY (2004: 519) define como o poder entregue aos tribunais de *dizer o direito*, através da interpretação e aplicação das normas jurídicas. No seguimento desse dever, em sede de conflito normativo, «*the judges must determine which one should govern the cases (...), which law is superior in validity obligation and authority*» (TREMBLAY, 2004: 519). A ideia base da teoria é que, em sede de conflito entre as normas criadas pelos organismos previstos na Constituição – agindo em

¹⁰⁹ NT (da original em língua alemã): «*Willen der Mitgliedstaaten (...) konstituiert kein Unionsvolk, das als sich selbst verfassendes Rechtssubjekt zur eigenen Selbstbestimmung berufen wäre*»

nome da mesma – e a lei fundamental, caberá ao poder judicial fazer prevalecer a constituição face aos atos normativos infraconstitucionais.

Em todo o caso, esta teoria apenas poderá ter um acolhimento parcial. Relembrando *Simmenthal* (TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 24), o poder judicial estadual, no cumprimento das suas funções como tribunais ordinários europeus, ou seja, aplicando normas de direito da União, «*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*». Estes tribunais, ao assegurarem a tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos cidadãos, fazem-no com fundamento numa «*expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns dos Estados-membros...*», mas ainda também pela consagração do mesmo através «*da Convenção europeia para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (...), como foi reconhecido pela declaração comum da Assembleia, do Conselho e da Comissão (...) e pela jurisprudência do Tribunal (...) no quadro do direito comunitário, os princípios em que se inspira essa convenção*» (TJUE, Proc. 222/84, 1986, cons. 18).

Levantar-se-á, mais uma vez, a questão do “*mandato*” dado aos tribunais dos Estados-membros, visto que estes poderes, que «*extravasam as competências funcionais que lhe são atribuídas internamente*» (ABREU, 2014: 61) e que surgem em exclusivo através da jurisprudência do TJUE – já que, em sede do artigo 267.º, «*the provision does not say in so many words that the national courts become Community courts*» (CLAES, 2006: 60) –, fundamentam-se nesta necessidade de assegurar o efeito das normas supranacionais. Claro que o Tribunal de Justiça em *Simmenthal*, como vimos acima, defende que os tribunais nacionais agirão por *autoridade própria*, mas o seu fundamento encontrará-lo-emos sempre no artigo 4.º, n.º 3, TUE, que consagra o princípio da cooperação leal. CLAES (2006: 64) diz mesmo que a sua inserção na jurisprudência do TJUE nesta matéria, de modo a dar um poder conformador, normativamente assente, à mesma, transformou este num princípio constitucional da União Europeia, «*now more akin to the principle of federal loyalty*».

Ou seja, os tribunais nacionais, *enquanto tribunais ordinários europeus*, encontram-se efetivamente vinculados a um *dever judicial* que possui assento constitucional ao nível da União, mas o problema surge quando pensamos na questão da legitimação do texto constitucional, nos termos expostos acima. Isto é, o *dever judicial*, conforme exposto por TREMBLAY (2004: 519) assenta e funciona em conjunto com as duas teorias anteriores, pelo que o dever constitucionalmente consagrado de os tribunais cumprirem a sua função

jurisdicional, assenta numa legitimação da vontade soberana popular e é exercido em agência dessa mesma vontade. Este conceito não encontra uma correspondência no ordenamento jurídico da União Europeia, mas isto não quer dizer que tenhamos de considerar o poder judicial ordinário europeu como ilegítimo – este será sempre, no limite, fruto da vontade dos Estados-membros democraticamente expressa.

Afinal, o direito “federal” cuja efetividade se pretende proteger contra o direito interno é, para além dos Tratados livremente negociados e democraticamente ratificados pelos Estados-membros, o direito derivado da União, em geral aprovado por consenso entre os dois órgãos representativos que são titulares do *poder legislativo da União*, nos termos do artigo 10.º TUE, ou seja, o Conselho, composto por representantes dos governos nacionais, responsáveis perante os respetivos parlamentos democraticamente eleitos, e o Parlamento Europeu, livremente eleito pelos cidadãos dos Estados-membros na sua veste de cidadãos europeus¹¹⁰.

3.4.2. A diversidade de soluções

De todos os ordenamentos federais submetidos a análise consegue-se traçar uma linha que demonstra, antes de mais, a necessidade de conformidade do direito das unidades federadas perante a Constituição federal – é nesta que assenta principalmente o que compreendemos como *a primazia* ou *primado do direito federal* – e que, na maioria dos casos, a supremacia se aplica às restantes normas federais com o objetivo de criar um segundo nível hierárquico de normas que visam regular o funcionamento da comunidade central/federal, nas matérias essenciais ao funcionamento da federação.

Mas o estudo comparado de vários sistemas federais revelou a grande variedade das soluções adotadas quanto ao controlo de conformidade da legislação federada com a ordem constitucional e legislativa federal.

Se nos Estados Unidos da América e no Canadá, o primado do direito constitucional e federal decorre da criação jurisprudencial, no que poderá ser entendido como o decorrer da tradição judicial anglo-saxónica, nos ordenamentos jurídicos de natureza continental – que preveem normas constitucionais positivas de primado federal (os casos Alemão e Suíço), ou de primado da constituição federal (Áustria e Bélgica), a questão poder-se-á remeter em grande parte à problemática da repartição de competências entre os dois níveis de governo.

¹¹⁰ Sobre a legitimidade democrática do poder político da UE ver, por todos, MOREIRA (2018).

Como se demonstrou nas análises acima, nos estados federais caracterizados por uma repartição clara de competências – o federalismo americano ou dualista –, seguindo a lógica sob a qual não existe espaço para um conflito de competências entre os dois níveis –, a regra de primado abrange apenas e a Constituição federal, pelo que *o vício encontrado nas normas estaduais resulta da atuação ultra vires do órgão legislativo promanante*. Isto comprova-se pelo facto de que, por um lado, o tipo de federalismo encontrado na Áustria assenta em competências claramente definidas para ambos os níveis governamentais, assim como na Bélgica, onde – não obstante a tendente clara repartição de competências e a *équipollence des normes* –, existe comprovadamente um primado funcional *sui generis* do direito federal sobre o direito das comunidades e regiões.

Nos casos em que o federalismo é um de *cariz cooperativo ou funcional* – os casos Alemão e Suíço – e que, em razão disso, contam com menos autonomia estadual contraposta com um maior grau de participação ao nível legislativo e essencialmente no momento da implementação da mesma, encontramos regras positivas de primado do direito federal em geral, destinadas a resolver os conflitos resultantes do complexo exercício das competências a ambos os níveis. Apenas e só nestes casos poderá surgir uma norma em que, não padecendo de qualquer desconformidade orgânica – pois visa matérias para as quais o órgão legislativo possui competência legislativa –, ela viola preceitos materiais de normas hierarquicamente superiores, *in casu*, normas federais –, caso no qual opera o princípio de primazia destas últimas.

A diferença essencial entre os sistemas constitucionais antes analisados quanto ao controlo judicial da conformidade do direito das unidades federadas face ao direito federal (constitucional e ordinário) consiste na solução quanto aos tribunais competentes, conforme o controlo incumba centralizadamente ao supremo tribunal federal ou descentralizadamente aos tribunais das unidades federadas.

Na União Europeia, não obstante a primazia do direito da União ser produto da criação jurisprudencial e não um princípio constitucional positivo, facto assente é que o mesmo existe para fazer face à complexa realidade de implementação daquele no território dos Estados-membros. Não será difícil conceptualizar que, tal como nos ordenamentos jurídicos possuidores de um federalismo de cariz cooperativo ou funcional, onde a regra do primado do direito federal é acompanhada de mecanismos de controlo normativo sobre a legalidade dos atos estaduais desconformes, uma solução equivalente poderá, com sucesso, ser conceptualizada para o ordenamento jurídico da União.

Como já se referiu anteriormente, a questão da conformidade do direito nacional com o direito da União reveste uma especial importância quando comparado com outros sistemas federais, por duas razões especiais: primeiro, por uma parte importante da legislação da União, composta pelas diretivas, ser “imperfeita”, sem aplicação imediata, por carecer de transposição normativa nos Estados-membros, importante assegurar que elas não somente são transpostas atempadamente, mas também fielmente; em segundo lugar, por a execução do direito da União não incumbir em geral à própria União, através da sua própria administração, mas sim aos Estados-membros, cumprindo assegurar não somente que estes procedem a essa execução, mas também que não adotam normas incompatíveis com essa obrigação.

Capítulo 4. Controlo da validade dos atos jurídicos nacionais por incompatibilidade com o direito da UE a nível nacional

«We must be guided above all by the overriding realisation that it is essential to build a United Europe» (Alcide de Gasperi).

4.1. O artigo 8.º, n.º 4, da CRP

Conforme analisámos *supra*¹, o artigo 8.º n.º 4 da CRP consagra a aplicação do direito da União, originário e derivado, nos termos que este próprio define para si – isto é, produzindo *efeito direto* em razão da norma visada e com *primazia* sobre as normas internas – o que, implica a sua invocabilidade em juízo perante os tribunais portugueses, mas também o dever de estes assegurarem o primado do direito da União e o conseqüente afastamento das normas internas desconformes. A desconformidade tanto pode resultar de *incompetência*, por se tratar de matéria da competência da União, como de *divergência substantiva*, por incompatibilidade do regime estabelecido. Quanto ao primeiro fundamento, conforme explica BARAV (1985: 324), os Estados-membros são incompetentes para legislar relativamente às matérias em que a União possui competência exclusiva ou sobre matérias de competência compartilhada, sobre as quais a União tenha legislado.

Tal ideia implica, de certo modo, que o controlo realizado pelos tribunais nacionais em razão de *Simmenthal* (TJUE, Proc. 107/76, 1978), seja um controlo em tudo semelhante, no nosso ordenamento jurídico nacional, ao controlo concreto de inconstitucionalidade previsto no artigo 204.º da CRP, não podendo os tribunais aplicar as normas internas que infrinjam o disposto nos Tratados e o direito emanado pelas instituições da União.

¹ Vide Cap. 2.3.2. e).

Não existe, porém, qualquer possibilidade de utilização do mecanismo da fiscalização da constitucionalidade nos termos dos artigos 277º e seguintes porque a nossa Constituição não consagra essa possibilidade para o direito da União nem o inclui entre os casos de direito *de valor reforçado* para efeitos de utilização do mecanismo de fiscalização equiparado à fiscalização da constitucionalidade, nos termos dos artigos 280º a 282 da CRP².

No sentido contrário, em matéria de compatibilidade do direito da União com a Constituição, já tivemos oportunidade de explorar a questão à luz do direito da União, assim como a posição do nosso Tribunal Constitucional sobre esta questão, segundo a qual este só admitirá recurso para fins de fiscalização sucessiva da constitucionalidade em casos em que a desconformidade entre o direito da União e a ordem constitucional interna se dá relativamente às normas constitucionais que traduzem *princípios fundamentais de Estado de direito democrático* e claro, apenas das normas de direito da União não sujeitas a princípios com o mesmo *valor paramétrico*³. Em todos os outros casos e em razão do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, as normas de direito da União ficam imunes à fiscalização da constitucionalidade e primam sobre o direito interno, *qualquer que seja o seu valor*, cabendo ao juiz interno, no exercício das *competências próprias* que decorrem do direito da União, a exercer este controlo jurisdicional.

Resta, porém, saber qual as consequências da desconformidade jus-europeia do direito interno e quais são os mecanismos judiciais para o seu controlo.

4.2. Inexistência de uma solução europeia quanto à fiscalização judicial

No que concerne à fiscalização incidental perante os tribunais nacionais, o TJUE deu sinais da inexistência de qualquer obrigação no sentido de invalidar as normas internas desconformes em *Lück* (TJUE, Proc. 34/67, 1968), tendo reforçado a sua posição, posteriormente, em *IN.CO.GE.* (TJUE, Proc. C-10/97 a C-22/97, 1998).

No primeiro destes processos o TJUE estava perante várias questões relativas à aplicação de taxas aduaneiras consideradas pelo requerente Firma Gebrüder Lück como

² Em sentido inverso, é óbvia a nossa tradição constitucional de exigir a revisão prévia da Constituição para assegurar a sua compatibilidade com o direito da União, como mostram as revisões de 1982, 1992, 1997 e 2005 estarem relacionadas com assuntos relativos à compatibilidade constitucional interna com as novidades trazidas pela adesão à CEE e pelos Tratados de Maastricht, Amsterdão e finalmente com o defunto Projeto de Tratado Constitucional para a Europa. Por isso, a ratificação dos referidos tratados nunca foi submetida a fiscalização prévia da sua constitucionalidade, ao abrigo do art. 278º da CRP.

³ *Vide* Cap. 2.3.2. e).

contrárias ao direito da União, sendo que no segundo processo, encontramos-nos também no âmbito de taxas de concessão cobradas indevidamente à IN.CO.GE'90 Srl (entre outros). Reveste particular interesse que, em ambos os processos, tal como indicámos, os tribunais nacionais questionam o TJUE em reenvio prejudicial para o seguinte problema: *qual a consequência da desconformidade das regras nacionais perante o direito da União?*

a) A decisão Lück

Em *Lück* (TJUE, Proc. 34/67, 1968), a requerente alemã no processo tinha importado de Itália uma quantidade de matéria-prima destinada à confeção alimentar na Alemanha. No momento da importação foram aplicadas duas *taxas compensatórias* relativamente à matéria-prima importada. Todavia, não se conformando com aplicação das taxas e alegando que as mesmas matérias produzidas nacionalmente estavam sujeitas a uma incidência fiscal de valor menor, sendo, portanto, incompatíveis com o artigo 95.º TCEE (Roma), (Art.º 110.º TFUE), Lück leva a questão à apreciação do Tribunal fiscal (*Finanzgericht*) de Dusseldorf.

Entre as várias questões prejudiciais entregues pelo órgão jurisdicional nacional à consideração do TJUE relativamente à interpretação dos artigos 95.º e 97.º TCEE (Roma), destaca-se a terceira questão, que visava saber «*qual o efeito do reconhecimento do primado da regra diretamente aplicável enunciada no artigo 95.º CEE relativamente às disposições de direito nacional que lhe são contrárias (...)*» (TJUE, Proc. 34/67, 1968: 247), em especial «*[se] essas disposições podem ser afastadas ou (tendo em conta n.º 3 do artigo 95.º do Tratado)[se] são nulas a partir de 1 de Janeiro de 1962?*»⁴.

A questão foi imediatamente considerada como inadmissível pelo Governo alemão nas suas observações, dado considerar a matéria como pertencente ao domínio constitucional dos Estados-Membros. Aliás, a própria questão é vista com alguma cautela por parte da própria Comissão Europeia, a qual, embora não considere ser admissível a interpretação que lhe é dada pelo requerente, isto é, no que concerne ao terceiro parágrafo do artigo 95.º TCEE-Roma, considera que poderia ainda ser dada essa interpretação com contornos mais amplos⁵.

⁴ NT (da versão em língua inglesa): «*What effect does the recognition of the priority of the directly applicable rules of Article 95 of the EEC Treaty have on provisions of national law which conflict with them? Can such provisions simply be repealed or (in view of the third paragraph of Article 95 of the Treaty) are they void as from 1 January 1962?*».

⁵ A Comissão pugna por um entendimento afastado daquele presente no terceiro parágrafo do artigo 95 TCEE-Roma, no que toca à obrigação de eliminar ou corrigir «*as disposições existentes à data da entrada em vigor do presente Tratado que sejam contrárias às disposições precedentes*». Considera em alternativa que «*o entendimento que disposições de direito nacional, que são contrárias aquelas da Comunidade não produzem efeitos, apenas poderá ser de uma natureza definitiva, o que quer dizer que são nulas e vazias*»

Nas suas conclusões, o Advogado-Geral ROEMER não concorda com as objeções alemãs, indicando desde logo que na natureza dos Tratados, em especial a competência de interpretação do direito da União pelo Tribunal de Justiça, permite-lhe tomar conhecimento da questão. Explica essa ideia no sentido em que «*os autores dos Tratados não podem ter pretendido que as disposições de Direito Comunitário tivessem todas o mesmo valor: para algumas bastará a abstenção de aplicar direito nacional conflituante, enquanto outras deverão implicar a nulidade absoluta do direito nacional (mesmo com efeitos retroativos e aplicando-se até à jurisprudência com força de caso julgado)*» (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. 34/67, 1968: 257)⁶.

Tendo isto dito, o Advogado-Geral pondera qual a relevância de determinar a nulidade da norma nacional incompatível com o direito da União, relativamente ao artigo 95.º TCEE-Roma, quando a lógica da prevalência na aplicação parece ser suficiente para atingir os fins da requerente – ou seja, a nulidade do direito nacional nada parece importar, quando consideramos o texto normativo do artigo 95.º TCEE, face à sua concreta aplicação. Na verdade, o próprio terceiro parágrafo já pressupõe a eliminação do direito nacional incompatível até ao final da segunda fase integrativa, pelo que a lógica existente no primado será suficiente, ficando a questão sobre a legalidade daquela norma incompatível entregue às previsões de natureza normativo-constitucionais internas (TJUE, Concl. Adv. Geral, Proc. 34/67, 1968: 257).

Quis com isto o Advogado-Geral dizer que, embora entenda que face a certas desconformidades gravosas apenas a solução da nulidade absoluta do direito nacional seria adequada, no caso em apreço, porém, essa solução não se enquadrava como verdadeiramente relevante, nem parecia revestir qualquer importância para a efetiva aplicação do direito da União, pelo que deveria o TJUE abster-se de conhecer dessa questão.

Esta parte das conclusões do Advogado-Geral parece não ter sido levada em conta pelo TJUE, que, na decisão proferida em 4 de abril de 1968, habilmente deslocara o ponto focal da questão de si próprio para as jurisdições nacionais. No seu entendimento, o artigo

(TJUE, Proc. 34/67, 1968: 250). NT: «*A finding that the provisions of national law which are contrary to those of Community law are of no effect, can only be of a definitive nature, which amounts to a ruling that those national laws are null and void.*»

⁶ NT (da versão em língua inglesa): «*the authors of the Treaties cannot have intended that the provisions of Community Law should all have the same force: for one it may suffice to refrain from applying conflicting national laws whilst others must entail the absolute nullity of the national law (even with retroactive effect and applying even to case-law which has acquired the force of res-judicata)*». O que acaba, curiosamente, por querer pronunciar o entendimento doutrinário que a jurisprudência posterior deveria determinar um controlo de validade para algumas normas,

95.º TCEE, diretamente aplicável e perante o qual se operaria a primazia do direito da União, não restringia que os órgãos jurisdicionais nacionais se servissem dos meios existentes no seu ordenamento jurídico, para eficazmente proteger os direitos subjetivos do interessado:

«O artigo 95.º do Tratado não limita os poderes dos órgãos jurisdicionais competentes para aplicar, de entre os diversos procedimentos da ordem jurídica interna, os que são apropriados para salvaguardar os direitos individuais conferidos pelo direito comunitário»⁷ (TJUE, Proc. 34/67, 1968, dec. 3).

Assim, em primeiro lugar, não seria o TJUE a realizar qualquer controlo de validade sobre as normas internas em situação de desconformidade com o direito da União, pelo contrário, seriam os tribunais nacionais a eventualmente cumprir com esse desígnio se, em segundo lugar, tal fosse necessário para salvaguardar os direitos individuais que o direito da União conferia aos particulares. Veja-se que a questão da proteção dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico da União toma uma posição preponderante na argumentação do TJUE; o meio ou procedimento através do qual se chega a essa proteção pouco parece relevar para este tribunal, possuindo os tribunais nacionais competência para selecionar quais os meios adequados, segundo o direito nacional, para atingir aquele substrato.

b) A decisão IN.CO.GE.

Já no processo *IN.CO.GE.* (TJUE, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998) – que se destaca desde já por ser posterior ao acórdão *Simmenthal* –, que colocou *IN.CO.GE.*'90 Srl. (entre outros) contra o Ministério das Finanças italiano (*Ministero delle Finanze*), o objeto do reenvio prejudicial realizado pelo Juízo de círculo de Roma (*Pretura circondariale di Roma*) procura, de igual forma, obter diretamente do TJUE uma resposta respeitante à questão da validade dos atos normativos nacionais, nomeadamente saber quais «*as consequências que decorrem, em direito interno da incompatibilidade de uma imposição nacional com o direito comunitário*» (TJUE, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 1).

Os factos no processo são os seguintes: *IN.CO.GE.*'90, sociedade comercial italiana, pagou uma taxa de registo comercial de sociedades. A taxa de concessão fora criada através do Decreto n.º 641 do Presidente da República italiana de 26 de outubro de 1972 e foi, ao

⁷ NT (da versão em língua inglesa): «*Article 95 of the Treaty does not restrict the powers of the competent national courts to apply, from among the various procedures available under national law, those which are appropriate for the purpose of protecting the individual rights conferred by Community law*».

longo da sua vigência, sujeita a várias alterações. Em duas dessas alterações, nomeadamente nos anos de 1984 e 1985, para além de aumentar o valor da taxa a pagar, fora determinado que a obrigação de pagamento renovar-se-ia anualmente, portanto obrigando as sociedades inscritas a pagar anualmente essa mesma taxa, sob pena de cancelamento do registo.

Acontece que, em momento anterior ao deste processo, o TJUE já se havia pronunciado no sentido em que o artigo 10.º da Diretiva 69/335/CEE do Conselho, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as sociedades de capitais (revogada pela Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de Fevereiro de 2008, com o mesmo objeto), revela-se incompatível, salvo exceções, com «*uma imposição anual devida pelo registo das sociedades de capitais, ainda que o produto dessa imposição contribua para o financiamento do serviço que tem a seu cargo o registo em que as sociedades são inscritas*» (TJUE, Procs. C-71/91 e C-178/91, 1993, cons. 32).

Portanto, de acordo com o direito comunitário vigente à data, estavam proibidas as disposições normativas que previam o pagamento anual pelo registo de sociedades. Com base no acórdão anterior proferido pelo TJUE, o Estado italiano emanou o Decreto-Lei n.º 331, de 30 de agosto de 1993, posteriormente convertido em lei pela Lei n.º 427, de 29 de outubro de 1993, o qual vem reduzir a taxa de concessão e eliminar a obrigação de pagamento anual da mesma. Esta atitude por parte do Estado italiano gerou por parte das sociedades que tinham cumprido indevidamente com esse mesmo valor, respetivamente, vários pedidos de devolução dos valores anteriormente pagos pela IN.CO.GE.'90 (entre outros).

Os vários pedidos de injunção para pagamento dos valores indevidamente cobrados, após o seu deferimento junto do Tribunal de Roma (*Pretore di Roma*), foram objeto de oposição por parte do Ministério das Finanças italiano, com fundamento em exceção, mediante a qual, por um lado, o órgão jurisdicional nacional carecia de competência para conhecer matérias de natureza fiscal, e por outro lado, o direito ao reembolso encontrara-se caducado, dado que só seria possível recuperar os valores indevidamente cobrados nos últimos três anos.

No pedido de reenvio prejudicial, o Tribunal de Roma relembra, no entanto, que ambas as exceções devem ser consideradas pelo TJUE em conjunto, pois ambas se prendem com a natureza, civil ou fiscal, do litígio. Sendo que, não obstante, a devolução dos valores indevidamente cobrados terá, necessariamente de decorrer através do regime presente no

direito civil – o da *repetição do indevido* –, o qual no direito italiano está sujeito a um prazo de dez anos e não meramente de três. Produz, neste sentido, a seguinte questão prejudicial:

«*A incompatibilidade entre o artigo 10.º da Directiva 69/335/CEE do Conselho de 17 de Julho de 1969, interpretada nos termos que decorrem do acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de Abril de 1993 (nos processos apensos C-71/91 e C-178/91), e o artigo 3.º, n.ºs 18 e 19, do Decreto-Lei n.º 853, de 19 de Dezembro de 1984, transformado na Lei n.º 17, de 17 de Fevereiro de 1985, implica, com base nos critérios de integração entre a legislação nacional e a comunitária estabelecidos pelo mesmo Tribunal, a não aplicação total dos referidos n.ºs 18 e 19 do artigo 3.º, e, em especial, obriga o juiz nacional a abster-se de ter em conta a referida legislação nacional, mesmo em sede de qualificação da relação jurídica por força da qual um cidadão de um Estado-Membro solicita à administração fiscal a restituição das quantias pagas em violação do referido artigo 10.º da Directiva 69/335/CEE?» (TJUE, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 12).*

Nas observações ao processo, a Comissão Europeia considerou que uma norma nacional como a do processo a decorrer perante o tribunal, «*deve considerar-se inexistente com efeitos ex tunc*» ou, em alternativa deverá ter-se como «*revogada, com efeitos ex nunc pela declaração da ilegalidade comunitária*» (TJUE, Concl. Adv. Geral, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 23). A Comissão apresenta assim duas soluções, uma certamente revestida de maior gravosidade do ponto de vista da vigência da norma desconforme no ordenamento jurídico dos Estados-membros, procurando suprimir em absoluto a produção de efeitos no tempo da norma em questão. De qualquer modo, ambas as soluções implicariam, como consequência mínima da incompatibilidade, a invalidade da norma desconforme com o direito da União. Veja-se em específico que, se por um lado a determinação da incompatibilidade da norma nacional com o direito da União Europeia resultaria, de forma automática, na sua inexistência jurídica – diga-se *nulidade* – dentro do ordenamento do Estado-Membro, por outro lado, a solução da *revogação*, resultaria na invalidade apenas com efeitos prospetivos.

Nas suas conclusões, o Advogado-Geral RUIZ-JARABO Colomer acolhe parcialmente as soluções apresentadas pelas Comissão. Isto porque, não obstante admitir a posição da mesma em seguimento do considerando 17 do acórdão *Simmenthal*, ao qual faz referência, considera antes de mais que existe uma diferença importante entre *inexistência* – nas

palavras da Comissão – e *invalidade*, conforme avançado pelo Tribunal de Justiça nessa decisão (TJUE, Concl. Adv. Geral, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 29 e 30). Em boa verdade, entre *invalidade* e *inexistência* levanta-se um problema temporal dos efeitos da declaração de desvalor normativo, a que o Advogado-Geral se refere quando indica que «*a alternativa entre inexistência e revogação (única que, em seu entender, se oferece ao Tribunal de Justiça) parece-nos excessivamente simplificadora*» (TJUE, Concl. Adv. Geral, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 33). Com efeito, avança nesta parte das suas conclusões, que o considerando 17 da decisão *Simmenthal* «*se refere unicamente à impossibilidade da «formação válida» das leis nacionais incompatíveis com as normas comunitárias*», e em consequência, «*[t]rata-se, portanto, mais de um problema de invalidade do que inexistência*» (TJUE, Concl. Adv. Geral, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 34)⁸.

A lógica da *invalidade* defendida pelo Advogado-Geral por ser compatível com a jurisprudência existente, à data, do Tribunal de Justiça⁹ acolhe a ideia de que «*a norma nacional, independentemente da sua incompatibilidade com o direito comunitário, existiu e produziu efeitos no tempo*». A manutenção destes efeitos, naturalmente «*não seria possível se aquela lei nacional fosse considerada absolutamente “inexistente”*». (TJUE, Concl. Adv. Geral, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 42).

O TJUE, por sua vez, não acolhe a posição apresentada pela Comissão (TJUE, Proc. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 19). Se é certo que a afirmação no considerando 17 da decisão *Simmenthal*, que relembramos, determina que o direito da União «*(...) têm por efeito, nas suas relações com o direito interno dos Estados-Membros, não apenas tornar*

⁸ Com efeito, concordamos com a apreciação que o Advogado-Geral faz relativamente à relevância de uma declaração de *invalidade* versus uma verdadeira *inexistência* normativa. Uma declaração de incompatibilidade a meio da vigência de uma lei interna de um Estado-membro terá de considerar sempre os efeitos, entretanto já produzidos, por essa mesma lei. Neste sentido não cumprirá qualquer propósito falar em *inexistência da lei* incompatível, mas numa potencial *invalidação* com efeitos *ex nunc* ou prospectivos. Não será com fundamento numa impossibilidade, pelo menos no que concerne ao Direito, em invalidar uma disposição com efeitos retroativos, mas em respeito ao objetivo – *o de visar impedir os efeitos a produzir por aquela disposição, sem desconsiderar aqueles, entretanto produzidos* –, eliminando o risco de a tornar *inexistente* criando por vezes um vácuo normativo. O mesmo acontece, por exemplo, no caso das disposições de direito da União consideradas como incompatíveis com os Tratados – «*não se fala de «inexistência» de uma disposição legislativa comunitária pelo facto de esta conter elementos que determinam a sua invalidade (...) este tipo de declaração é reservado para actos, e não para disposições legislativas*» (TJUE, Concl. Adv. Geral, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 39).

⁹ Decisões como *Texaco e Olieelskabet Danmark* (TJUE, Procs. C-114/95 e C-115/95, 1997) e *Fantask* (TJUE, Procs. C-188/95, 1997), são exemplos da manutenção de resquícios elementares de leis nacionais consideradas incompatíveis, *in casu* a manutenção do prazo de prescrição da lei nacional para pedidos de reembolso em sede de valores indevidamente cobrados com força numa disposição nacional incompatível com o direito da União.

inaplicável de pleno direito (...) qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, mas também (...) impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais» (TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 17), em *IN.CO.GE.*, o TJUE alude apenas à obrigação de *desaplicação* nas mãos do juiz nacional, recusando a proposta de *inexistência* da norma nacional incompatível (TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 20).

A lógica apresentada pelo TJUE parece ainda reforçar a ideia de *inexistência de limites judicativos*, decorrentes dessa mesma obrigação, à atuação dos órgãos jurisdicionais nacionais (TJUE, Proc. 106/77, 1978, cons. 21). Isto é, perante uma norma que seja determinada desconforme ao direito da União, a *ratio minimae* será a da ineficácia, contida na obrigação de *desaplicação*, podendo depois o(s) tribunal(is) nacional(is) dos Estados-membros proceder à invalidação desse ato, se as regras do seu ordenamento jurídico interno assim o exigirem. Veja-se a posição de KAKOURIS (1987: 332) sobre este ponto, segundo a qual tal possibilidade decorre da ideia de que o controlo de validade das normas decorre de uma prerrogativa do direito nacional e não do direito da União; assim, «*en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, sans les déclarer invalides ni les annuler, étant donné que cette conséquence relève du droit national*».

A manutenção em vigor, em termos jurídicos, da norma nacional, embora incompatível com o direito da UE, permite ao TJUE determinar a aplicabilidade das condições nacionais de reposição dos valores indevidamente cobrados em violação do direito da União¹⁰. Neste sentido, profere a seguinte decisão prejudicial:

«A obrigação de o órgão jurisdicional nacional afastar a aplicação de uma legislação nacional que instituiu uma imposição fiscal contrária ao direito comunitário deve conduzir, em princípio, a julgar procedentes os pedidos de reembolso dessa imposição. Esta restituição deve ser assegurada em conformidade com as disposições do seu direito nacional (...). Uma eventual requalificação das relações jurídicas estabelecidas entre a administração fiscal de um Estado-Membro e as sociedades desses Estado aquando da cobrança de uma imposição nacional ulteriormente reconhecida contrária ao direito comunitário cabe assim ao direito nacional» (TJUE, Procs. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 29).

¹⁰ Desde que, naturalmente, essas condições não sejam menos favoráveis, nem venham tornar excessivamente penosa ou mesmo impossível a restituição dos valores indevidamente cobrados. Tal decorre das decisões *Rewe* (TJUE, Proc. 33/76, 1976, cons. 6), *Comet* (TJUE, Proc. 45/76, 1976, cons. 12 a 16) e *Peterbroeck* (TJUE, Proc. C-312/93, 1995, cons. 12).

Poder-se-á considerar que a justificação para as decisões do TJUE, cuja lógica, apresentada inicialmente em *Lüick*, é posteriormente recuperada em *IN.CO.GE.*, foi a de pautar pela não-inexistência das normas nacionais desconformes, preferindo desta forma, por um lado remeter a questão para as jurisdições nacionais (em ambas as decisões) e pelo outro remeter-se ao silêncio (em *IN.CO.GE.*), por ventura desconfortável, dado que evitou pronunciar-se diretamente sobre o considerando 17 da decisão *Simmenthal* relativamente à questão da validade dessas normas incompatíveis¹¹. Se, por um lado, ao evitar essa pronúncia, procurou não contradizer a sua jurisprudência anterior, por outro lado, porém, o zelo demonstrado permite ao TJUE, como é habitual, possuir uma maior margem de manobra nas decisões, evitando uma posterior contradição com jurisprudência anterior.

No entanto, é aqui onde o desenvolvimento sistémico de um conjunto de mecanismos de efetividade por parte do Tribunal de Justiça falha, ao *não determinar qualquer obrigação judicial de conhecimento da validade das normas nacionais desconformes*. Assim, no nosso esforço de encontrar qualquer solução de matriz jurisprudencial europeia, visando fazer conhecer da validade das normas internas desconformes a nível interno – cujo objetivo é ver, com fundamento na aplicação uniforme e eficaz das normas jurídico-comunitárias, um modelo de controlo dessa mesma validade por parte do poder judicial –, verificamos a inexistência de qualquer obrigação de *judicial review* da norma interna tendente à sua declaração de invalidade. Como explica BARAV (1985: 324), para o TJUE em *Simmenthal*, «*la validité, même provisoire, d'une loi intervenant dans le domaine relevant de la compétence communautaire, mettrait en question les bases mêmes de la Communauté*».

Assim, a obrigação que impõe ao juiz nacional o afastamento das normas desconformes com o direito da União não se poderá considerar como uma obrigação de verdadeiro *review* ou controlo, tomando antes contornos de *aplicação preferencial do direito da União face ao direito interno*, o qual, embora preterido, manterá a sua vigência no ordenamento jurídico interno, podendo ainda, na medida em que não conflitue com direito da União num cenário futuro de qualificação factual, vir a ser efetivamente aplicado pelas autoridades do Estado-membro, incluindo os tribunais.

Com efeito, o TJUE falha em desenvolver, quer em *Lüick*, quer em *IN.CO.GE.*, esse mesmo elemento – *a consequência do afastamento normativo em sede de fiscalização concreta, não implica a invalidade da norma interna posterior incompatível com o direito*

¹¹ Em sentido contrário *vide* MARTINS (2018: 429) que compreende encontrar-se aqui uma interpretação restritiva de *Simmenthal*.

da União – decidindo-se pela entrega dessa consequência ao próprio ordenamento jurídico interno dos Estados-membros.

Uma crítica deve ser tecida a esta posição, dado que paradoxalmente a mesma encontra-se em situação de incompatibilidade com os próprios pressupostos da efetividade do direito da União. Na verdade, sendo o tratamento da questão entregue aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, torna-se desde já impossível a implementação de um sistema uniformizado de controlo das normas internas, mesmo que este viesse a ser exercido pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros. O exposto terá como potencial consequência o tratamento diferenciado do problema nos vários Estados-membros da União¹².

Tendo as considerações *supra*, as quais afastam qualquer obrigação de controlo de validade normativa com fundamento em obrigação decorrente do direito da União, a única solução apenas poderá partir dos próprios Estados-membros. Isto é em essência, a adoção da postura do TJUE em *IN.CO.GE.*, através da previsão de um *sistema de controlo interno da validade das normas desconformes com o direito da União* que efetivamente obrigue a que se proceda a uma fiscalização a norma interna cuja aplicação fora vedada em razão da primazia do direito da União e do consequente afastamento dessa norma pelos tribunais.

4.3. Os mecanismos de controlo existentes na Constituição e na lei

Vigorando o direito da UE na ordem interna numa posição de primazia normativa, nos termos do artigo 8.º, n.º 4, ele constitui naturalmente, por efeito do princípio do Estado de direito (cfr. artigo 2.º da CRP), um *parâmetro de validade dos atos jurídicos internos*, de natureza normativa ou não. Parafraseando o artigo 3.º, n.º 3, da CRP, podemos dizer que «*a validade das leis e demais atos do Estado, das regiões autónomas e do poder local de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com o direito da União Europeia*».

Por isso, incumbe aos tribunais, nos feitos submetidos ao seu julgamento, recusar a aplicação de quaisquer normas que infringjam o direito da UE. Na verdade, o disposto no

¹² Um tratamento diferenciado que, dada a importância da questão subjacente, podia muito bem ser evitado através da possibilidade, através do direito da União, de os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, aferirem da legalidade das disposições nacionais dos respetivos Estados-Membros. O entendimento que a disparidade de soluções de controlo normativo tornaria mais difícil a realização plena do princípio da efetividade fora já apontado através da constatação de que «*[l]e droit communautaire donne à ce juge (...) un pouvoir dont il est privé par son ordre constitutionnel interne*» (JOLIET, 1983: 339). Posição perante a qual a jurisprudência posterior do TJUE se afasta, assumindo abertamente uma posição contrária.

artigo 204.º não é senão um afloramento do princípio de que incumbe aos tribunais fazer valer as diversas regras de supraordenação e infraordenação normativa dentro do ordenamento jurídico, desde a inconstitucionalidade à legalidade em sentido estrito, passando pela “inconvencionalidade” e pela desconformidade com o direito da UE. Na verdade, tal como se lê na anotação de J. J. Gomes CANOTILHO e de Vital MOREIRA ao artigo 204.º (2010, nota IX):

«A recusa de aplicação judicial de normas inconstitucionais não é mais do que a concretização do princípio geral de que os tribunais não devem aplicar normas inválidas por motivo de desconformidade com normas de grau superior ou perante as quais devam ceder. Na mesma ordem de ideias, os tribunais não devem aplicar normas que infrinja as normas de direito internacional ou normas da União Europeia que devam respeitar (...). A diferença está em que das respetivas decisões não cabe recurso para o TC, salvo nos casos de desconformidade equiparados à inconstitucionalidade, nos termos dos arts. 280º e 281º da CRP».

Por outro lado, não existe nenhuma razão para entender que não se trata de um *controlo de validade* e não apenas de preferência de aplicação. Tal conclusão afigura-se evidente quando o próprio *fundamento* da norma interna está no direito da União, como sucede nas leis de transposição de diretivas da União ou de normas administrativas destinadas a dar execução a normas da União. O mesmo raciocínio se deve aplicar ao direito interno incompatível com os Tratados da União, segundo a melhor interpretação do artigo 8.º, n.º 2, da CRP, relativamente à aplicação direta e à primazia das convenções internacionais em geral na ordem interna. Mas igual construção dogmática se deve utilizar nos demais casos de incompatibilidade do direito interno com qualquer norma do direito da União, pois somente a noção de invalidade permite, se for caso disso, declará-la com força obrigatória geral, afastando a norma do ordenamento jurídico nacional.

São evidentes os termos da operação de judicial de controlo normativo: de um lado, as normas de direito da União, na interpretação que lhes seja dada pelo TJUE (que vincula os tribunais nacionais na sua aplicação); do outro lado, as normas internas, numa interpretação conforme ao direito da União, uma vez que, como se viu *supra*¹³, a interpretação conforme é uma das dimensões do princípio do primado do direito da União.

¹³ Vide Cap. 2.2.2. c).

Esta fiscalização judicial de invalidez das normas internas incompatíveis com o direito da União deve articular-se com as várias soluções decorrentes do direito da União – quase exclusivamente através da jurisprudência do TJUE – relativas a cada tipo de ato estadual. Como veremos, decorrem do direito da União algumas obrigações no sentido de o legislador interno revogar o direito interno em situação de incompatibilidade, assim como existe para a administração do Estado que tome uma decisão incompatível com o direito da União, a obrigação de rever a decisão.

Importa verificar brevemente os referidos mecanismos de controlo em relação a cinco tipos de atos estaduais – *os atos administrativos, os regulamentos, as leis* (incluindo-se os decretos-leis), *as convenções internacionais celebradas pelos Estados-membros* e, por último, *as decisões judiciais*.

a) Atos administrativos

Nos termos do direito interno, são ilegais (*lato sensu*) os atos administrativos desconformes com o direito da União, cabendo à justiça administrativa anulá-los ou declará-los nulos, nos termos gerais do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (em diante CPTA, artigo 50.º e ss.). A mesma obrigação cabe à própria Administração nos procedimentos de impugnação administrativa de atos administrativos (CPA, artigos 184.º e ss.).

No plano da jurisprudência do TJUE, a obrigação nacional de revisão das próprias decisões administrativas que se tenham tornado definitivas faz parte de uma evolução significativa do tratamento jurisprudencial relativo ao princípio da efetividade no que concerne aos atos administrativos. Aliás, com o estabelecimento das várias decisões, as quais terminam o seu caminho evolutivo com *Pizzarotti* (TJUE, Proc. C-213/13, 2014), é seguro dizer que o Tribunal abandonou a lógica reparadora do dano causado pelos Estados como *solução-limite*¹⁴, o que compreendemos, por ser uma nova adoção da retórica de aplicação correta e uniforme do direito da União no território dos Estados-membros como *prioritária*, sendo possível, face à necessidade de reparar o dano causado aos particulares em virtude da violação do direito da União.

O primeiro sinal da recuperação da retórica previamente demonstrada em *Johnston* (TJUE, Proc. 222/84, 1986) e *Simmenthal* (TJUE, Proc. 106/77, 1978) aparece com a

¹⁴ Vide neste ponto, *Francovich* (TJUE, Proc. C-6/90 e C-9/90, 1991), *Brasserie du Pecheur/Factortame* (TJUE, Proc. C-46/93 e C-48/93, 1996) e *Köbler* (TJUE, Proc. C-224/01, 2003).

pronúncia do acórdão *Kühne & Heitz* (TJUE, C-453/00, 2004). Este consagra o princípio que estabelece não só o conhecimento da legalidade do ato administrativo, mas também da «*obrigação de reexaminar uma decisão administrativa definitiva*» por parte do órgão jurisdicional nacional com competência para conhecer desses atos – «*desde que possua, segundo o direito nacional, do poder de revogação desta decisão*» (TJUE, Proc. C-453/00, 2004: cons. 28). Estaria em causa no litígio principal uma decisão administrativa da autoridade holandesa da produção de carnes e aviário e ovos (*Productshap voor Pluimvee en Eiren*) que requalificara erradamente e para efeitos de devolução tributária e aduaneira no âmbito do anexo II da *pauta aduaneira comum*, um produto alimentar exportado pela empresa Kühne & Heitz entre 1986 e 1987, levando a mesma a perder o valor previamente devolvido. Kühne & Heitz ainda requereu junto dessa autoridade administrativa a alteração da decisão, vendo-se confrontada com um indeferimento.

Nesse sentido, a requerente recorreu finalmente para o Tribunal Administrativo do Comércio e da Indústria (*College van Beropvoor het bedrijfsleven*), que julgou o mesmo como não procedente, com fundamento de que o produto exportado não se encontrava sob a classificação entendida pela recorrente, no âmbito da *pauta aduaneira comum*¹⁵. Kühne & Heitz decidiu inicialmente não recorrer da desta decisão judicial, fazendo-o apenas novamente após tomar conhecimento do acórdão *Voogd Vleesimport en-export* (TJUE, Proc-151/93, 1994), onde a classificação do produto exportado, o mesmo que Kühne & Heitz tinha exportado, foi compreendida como sendo a mesma que fora declarada inicialmente.

Intentado um segundo processo, o Tribunal Administrativo do Comércio e da Indústria compreendeu que «*em direito neerlandês, um órgão administrativo tem sempre o poder de alterar uma decisão definitiva, [pelo que] a existência deste poder poderia, consoante as circunstâncias, implicar a obrigação de revogar tal decisão*» (TJUE, Proc. C-453/00, 2004: cons. 12) –, considerando a possibilidade de anular a decisão daquele órgão administrativo, se possuísse, por força do direito da União, o poder de rever aquela decisão.

Esta questão é relevante, pois o ato administrativo emanado pela autoridade estadual já se teria tornado definitivo e decisões judiciais internas não poderiam, regra geral, pelo

¹⁵ É necessário entrar em algum detalhe sobre a questão da classificação do produto alimentar, coxas de frango, exportado pela Kühne & Heitz. No momento da exportação, a autoridade administrativa havia aceiteado a declaração do exportador, que classificava o produto sob a alínea e) subsecção 02.02 B II da pauta, *coxas e pedaços de coxas de outras carnes de capoeira*, classificação que serviu de base à devolução tributária. A posterior alteração para *outra classificação*, com a correspondente exigência de regresso da devolução atribuída, levou Kühne & Heitz a recorrer para os tribunais, a primeira vez sem sucesso, e uma segunda vez depois da pronúncia do Tribunal de Justiça em *Voogd Vleesimport en-export*, que a levou a recorrer novamente para o tribunal nacional.

menos no que respeitava ao direito neerlandês, colocar em causa a sua estabilidade. Desta forma, questionando-se sobre a aplicação da pauta aduaneira comum, e encontrando-se como última instância possível para efeitos de reenvio prejudicial nos termos do artigo 234.º TCE (267.º TFUE), o Tribunal Administrativo do Comércio e da Indústria proferiu a seguinte questão prejudicial:

«O Direito comunitário, e nomeadamente o princípio da lealdade comunitária, consagrado no artigo 10.º CE, impõe a um órgão administrativo, nas circunstâncias mencionadas nos considerandos da presente decisão, que reconsidere uma decisão que se tornou definitiva, de modo a garantir ao Direito Comunitário, tal como este deve ser interpretado à luz de uma decisão prejudicial posterior, a sua plena eficácia?» (TJUE, Proc. C-453/00, 2004, cons. 19).

O reconhecimento do princípio da segurança jurídica por parte do TJUE como um dos princípios do direito da União não parece obstar – tendo em conta a possibilidade de no direito neerlandês os órgãos administrativos possuírem sempre o poder de alterar o que estabeleceram, independentemente das decisões se terem tornado definitivas – que, *in casu*, seja dada uma resposta contrária. Na verdade, a decisão apenas se havia tornado definitiva com base numa interpretação errónea do Direito da União aquando do primeiro processo interposto em recurso da decisão da autoridade administrativa, infringindo o sentido decisório anteriormente estabelecido no acórdão *CILFIT* (TJUE, Proc. C-283/81 1986), pela interpretação errada dos pressupostos de exclusão de obrigação de reenvio prejudicial, e a sua desconformidade, embora num momento anterior, ao acórdão *Voogd Vleesimport en - export* (TJUE, Proc. C-151/93,1994)

«Face às considerações que precedem, importa responder à questão submetida que o princípio da cooperação que decorre do artigo 10.º CE impõe que um órgão administrativo, ao qual foi apresentado um pedido nesse sentido, reexamine uma decisão administrativa definitiva para ter em conta a interpretação da disposição pertinente entretanto feita pelo Tribunal de Justiça quando:— dispõe, segundo o direito nacional, do poder de revogação desta decisão;

— a decisão em causa se tornou definitiva em consequência de um acórdão de um órgão jurisdicional nacional que decidiu em última instância;

— o referido acórdão, face à jurisprudência do Tribunal de Justiça posterior a esse acórdão, se fundamenta numa interpretação errada do Direito Comunitário aplicada sem que ao Tribunal de Justiça tivesse sido submetida uma questão prejudicial nas condições previstas no artigo 234.º, n.º 3...» (TJUE, Proc. C-453/00, 2004, cons. 28).

A decisão *Kühne & Heitz* quebra o *reasoning* do TJUE de uma forma tão notória, que mereceu imediatamente uma reação por parte da doutrina, questionando como é que *Brasserie du Pêcheur* e esta decisão se conjugam¹⁶. Como se, de qualquer modo, a falha de proceder a reenvio prejudicial, confirmando uma aplicação errada do direito da União por parte de um órgão administrativo, parece ser suficiente para justificar o ataque ao *princípio da segurança jurídica* em nome do *princípio da efetividade* (KOMÁREK, 2005: 10). Importa colocar a questão: ficam assim os órgãos jurisdicionais nacionais obrigados a conhecer da conformidade do direito da União de uma decisão administrativa violadora deste, mesmo que esta se tenha tornado definitiva?

Para responder a esta questão, é importante ter em mente que em *Kühne & Heitz*, a revisão do ato administrativo apenas se tornou obrigatória para os órgãos jurisdicionais nacionais porque a autoridade administrativa possuía o poder de rever a decisão em primeiro lugar, restando inferir que na ausência de tal poder, a obrigação de conhecimento da legalidade do ato não seria consagrada. Daqui se retira necessariamente outra questão: será igualmente exigível aos órgãos jurisdicionais nacionais conhecerem decisões judiciais que ganharam força de caso julgado?¹⁷

b) Regulamentos administrativos

Também aqui devem ter-se por ilegais (*lato sensu*) os regulamentos internos que sejam desconformes com o direito da União, cabendo aos tribunais competentes desaplicá-los ou declarar a sua invalidade com força obrigatória geral nos termos do CPTA (artigos 72.º e ss.). Os mecanismos de fiscalização interna permitem, portanto, afastar as normas regulamentares ilegais do ordenamento jurídico.

¹⁶ «Does this mean that injured parties must now first request the administrative body in question to reconsider its earlier decision before bringing an action against the State for judicial errors? And if this request is rejected, must they then first go through the entire administrative law process before the State can be held liable?» (JANS, 2004: 175)

¹⁷ Questão cuja resposta veremos *infra*, Cap. 4.3. e).

O caso dos regulamentos administrativos é curioso, em razão da existência de dois tipos de desconformidade com o direito europeu que podem surgir nesta categoria de atos: (i) o regulamento administrativo interno que dá execução e encontra o seu fundamento num regulamento europeu; (ii) o regulamento administrativo autónomo, relativamente ao caso anterior, em que este ato não dá execução a qualquer ato de natureza europeia, nem encontra o seu fundamento neste último.

O primeiro caso advém da consideração funcional das administrações nacionais dos Estados-membros como *administrações descentralizadas* de uma *administração central* europeia, em razão da existência de uma *associação de administrações* (*Verwaltungsverbund*), onde cumpre às administrações estaduais dar execução regulamentar sob determinação da administração “federal” (SCHMIDT-ASSMAN, 2006: 103). Dizemos consideração funcional, sendo esta verdadeiramente gerada da necessidade existencial da administração a nível europeu, a qual não possui os meios – *nem fora desenhada para possuir* – para eficazmente administrar a execução dos vários atos relevantes em todo o território da União, necessitando assim da estrutura pré-existente das administrações nacionais para formar um espaço administrativo europeu (SIEDENTOPFT & SPEER, 2003: 13).

Neste caso, conforme indica MONIZ (2011: 436): «*não estamos senão diante do princípio da precedência e sobretudo da preeminência do direito europeu...*» ou seja, o ato regulamentar nacional encontra-se dependente do ato da União, «*a faculdade dos Estados-membros para a emissão de normas densificadoras dos regimes constantes dos regulamentos da EU, com vista à adaptação às realidades nacionais, não é livre, mas limitada ou submetida ao disposto pelo direito da União (...); tal subordinação implica que a norma regulamentar contrária ao regulamento que lhe serviu de base se encontra viciada, padecente de uma invalidade*». Esta invalidade acaba por não ser um verdadeiro problema, pois o ato nacional só existe em razão, por um lado, da subordinação a um ato europeu e, por outro lado, em razão da necessidade funcional que expusemos *supra*. Isto é, o ato regulamentar interno e a própria administração surgem *desligados* da sua função puramente interna ou nacional, surgindo antes, diga-se, com a natureza europeia, embora *localizada* ao território daquele Estado-membro. Mesmo assim, a declaração de invalidade ficará a cargo da administração, o que significa que, entre nós, teria a administração de proceder à declaração de anulação do regulamento nos termos do n.º 3 do artigo 144.º do CPA.

No segundo caso, em que o regulamento administrativo interno não encontra o seu fundamento num ato europeu, mas na lei interna, não existe a relação de subordinação que

mencionámos *supra*, nem se pode afirmar que exista, *in casu*, a relação funcional entre as administrações interna e europeia. O que existe é o regulamento que encontra o seu fundamento na lei do Estado-membro, assim como o direito da União com o qual será incompatível o próprio regulamento, ou lei em que se funda. Nesse caso, não é de considerar procedente a conclusão de MONIZ (2011: 437-438), segundo a qual «*ainda que, por força das obrigações assumidas nos Tratados, os Estados-membros se encontrem adstritos à observância das normas dotadas de aplicabilidade directa, não se torna possível concluir pela invalidade dos regulamentos nacionais que contrariam aquelas normas europeias*». Isto porque, não existindo qualquer vínculo de subordinação normativo entre o regulamento interno e um regulamento europeu, a relação normativa será governada pela regra geral da *primazia* do direito da União sobre a totalidade do ordenamento jurídico dos Estados-membros, incluindo-se aqui os regulamentos.

Por isso, não obstante a referida diferença na fundamentação do regulamento administrativo – regulamento administrativo fundamentado num regulamento europeu ou regulamento administrativo autónomo –, quer num caso, quer noutro, deverão os tribunais administrativos declarar a ilegalidade daquelas normas com fundamento na sua desconformidade com o direito da União.

Para lá da conformação dos regulamentos por parte da administração do Estado-membro, verifique-se que entre nós o regime da impugnação de normas previsto nos artigos 72.º ss. do CPTA, permite aos tribunais administrativos declarar a «*ilegalidade de normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo, por vícios próprios ou derivados da invalidade de atos praticados no âmbito do respetivo procedimento de aprovação*», em razão da competência dos tribunais administrativos e fiscais, nos termos do art.º 4, n.º 1, al. b), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (em diante ETAF) para fiscalizar a «*legalidade das normas e demais atos jurídicos emanados por órgãos da Administração Pública, ao abrigo de disposições de direito administrativo e fiscal*». Veja-se que é ainda possível, nos casos em que a mesma norma tenha sido desaplicada com fundamento na sua ilegalidade por três casos, a mesma ser remetida pelo Ministério Público para efeitos de declaração com força obrigatória geral nos termos dos artigo 73.º, n.º 4, do CPTA.

c) Leis

Também o poder legislativo dos Estados-membros se encontra obrigado a conformar as leis internas com o direito da União, sendo inválidas as que sejam desconformes com ele, seja por incompetência, seja por divergência substantiva, numa situação similar à chamada “ilegalidade reforçada”. Por isso, incumbe também aos tribunais competentes recusar a aplicação de normas legais incompatíveis com o direito da União, nos casos submetidos ao seu julgamento.

No plano da jurisprudência e da doutrina europeia, em caso de desconformidade entre normas legais nacionais e o direito da União, o legislador nacional encontra-se obrigado a revogar qualquer norma que seja desconforme com o direito da União (SCHÜTZE, 2006: 1031). Estabelecida pelo Tribunal de Justiça em *French Merchant Seamen* (TJUE, Proc. 167/73, 1974), esta obrigação encontra a sua génese numa ação por incumprimento intentada pela Comissão contra a República Francesa, nos termos do anterior artigo 169.º TCE (258.º TFUE), com o fundamento de que esta ainda não teria «*suprimido, no que diz respeito aos nacionais de outros Estados-membros, a disposição do segundo paragrafo do artigo 3.º da lei francesa de 13 de Dezembro de 1926, relativa ao Code du travail maritime*» (TJUE, Proc. 167/73, 1974, cons. 1). A atuação estadual seria incompatível com o Tratado, assim como o antigo Regulamento 1612/68, relativo à circulação de trabalhadores na Comunidade, o que por sua vez comportaria uma violação da livre circulação de trabalhadores. Especial relevância para a exposição terá o facto de que o governo francês argumentou que não existiria qualquer incumprimento, «*resultante apenas da manutenção na ordem jurídica nacional do texto em causa, sem que fosse tomada em consideração a sua aplicação na prática*» (TJUE, Proc. 167/73, 1974, cons. 34); isto é, que a norma não estava a ser aplicada e que a sua mera existência no ordenamento jurídico não seria geradora de incumprimento.

O argumento da República Francesa não recebera qualquer acolhimento por parte do TJUE, o qual, caracterizando quer o Tratado, quer o Regulamento como *diretamente aplicáveis*, indica que «*não é menos evidente que a manutenção, neste contexto, do texto do Code du travail maritime origina uma situação de facto ambígua, ao manter, para os sujeitos de direito interessados, um estado de incerteza quanto às possibilidades que lhes estão reservadas de invocar o direito comunitário*» (TJUE, Proc. 167/73, 1974, cons. 41). Deveria assim a República Francesa ter revogado a norma em questão, pois «*ao manter inalteradas, nestas condições, as disposições do segundo parágrafo do artigo 3.º do Code*

du travail maritime, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem...» (TJUE, Proc. 167/73, 1974, cons. 48).

Este ditame foi reforçado pelo TJUE em *Comissão v. República Italiana* (TJUE, Proc. 104/86, 1988), cujos factos são similares – isto é, a República Italiana teria mantido no seu ordenamento jurídico uma disposição específica, o artigo 19.º do Decreto-lei 688, de 30 de setembro de 1982, limitando severamente os meios de prova dos contribuintes em sede de restituição do valor de impostos indevidamente pagos (TJUE, Proc. 104/86, 1988, cons. 5). De igual modo, a argumentação do governo italiano fora que o princípio do primado do direito da União, assim como o do efeito direto, já plenamente acolhidos pelo Tribunal Constitucional Italiano, fariam com que os juízes nacionais considerassem o referido artigo 19.º do Decreto-lei como inaplicável (TJUE, Proc. 104/86, 1988, cons. 9).

De igual modo, neste caso, a argumentação do governo italiano não foi acolhida pelo TJUE, que determinou que *«embora seja de sublinhar que a evolução da jurisprudência constitucional italiana tem como resultado facilitar a aplicação dos princípios do efeito directo e do primado do direito comunitário na ordem jurídica interna, deve observar-se que a disposição em litígio ainda faz parte da legislação nacional. Como o Tribunal já declarou várias vezes, o primado e o efeito directo das disposições do direito comunitário não dispensam os Estados-membros da obrigação de eliminar da sua ordem jurídica interna as disposições incompatíveis com o direito comunitário...»* (TJUE, Proc. 104/86, 1988, cons. 12).

O ponto de inconsistência é atingível quando atentarmos que, em sede de desconformidade entre o direito nacional e o direito da União Europeia, os tribunais nacionais estão obrigados a afastar o primeiro e atribuir eficácia plena a este último, possuindo liberdade para – se assim dispuser o seu direito interno – conhecer da validade da norma interna incompatível –, já os órgãos legislativos dos Estados-membros estão sujeitos -a uma verdadeira obrigação de revogação – especialmente se estiverem perante um Regulamento do lado europeu da equação, tal como em *French Merchant Seamen*.

d) Convenções internacionais celebradas pelos Estados-membros

Neste ponto, iremos ver brevemente a questão das convenções internacionais celebradas pelos Estados-membros em desconformidade com o direito da União, quer por incompetência, quer por incompatibilidade substantiva. Aproveitamos este ponto para indicar, desde já, que a jurisprudência do TJUE tem adotado uma postura que aparenta

ampliar, por via interpretativa, a regra geral presente nos Tratados, aplicável às convenções celebradas pelos Estados-membros anteriormente ao ato de adesão à União. De facto, a regra geral contida no artigo 351.º do TFUE distingue duas situações, dependendo de as convenções celebradas pelos Estados-membros terem sido concluídas antes de 1 de janeiro de 1958 (ou antes da data de adesão de determinado Estado-membro) ou se são posteriores.

Na primeira das situações, em caso de precedência temporal da convenção, a sua vigência não pode(ria) ser prejudicada pelas disposições dos Tratados, pelo que os Estados-membros poderão(iam) manter-se, se assim desejarem, vinculados à convenção celebrada. Ainda assim, conforme indica o segundo parágrafo do artigo 351.º TFUE, em caso de incompatibilidade entre aquelas convenções e os Tratados, compete aos Estados-membros «eliminar as incompatibilidades verificadas», prevendo-se até a possibilidade, em caso de vários Estados-membros fazerem parte da mesma convenção, adotar uma postura comum para aquele fim. Conforme indica ZIEGLER (2016: 49), isto quereria dizer que, tradicionalmente, estavam os Estados-membros obrigados a renegociar, suspender ou até mesmo extinguir as convenções pré-existentes que estivessem numa situação conflituante com o direito da União.

Porém, em 2009, com o trio de decisões *Comissão v. Áustria* (TJUE, Proc. C-205/06, 2009), *Comissão v. Suécia* (TJUE, Proc. C-249/06, 2009) e *Comissão v. Finlândia* (TJUE, Proc. C-118/07, 2009), o TJUE interpretou o artigo 307.º TCE (351.º TFUE) de forma significativamente mais rigorosa, obrigando os Estados a eliminar incompatibilidades não somente com os Tratados, mas também com o direito derivado – inclusive aquele que ainda não exista no ordenamento jurídico da União –, evitando assim conflitos futuros (TJUE, Proc. C-205/06, 2009, cons. 36 e 37)¹⁸.

Estas decisões surgem, aliás, no âmbito da questão dos acordos de investimento bilateral (BIT) celebrados pelos Estados-membros, e por vezes entre eles, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Com a inclusão do investimento direto estrangeiro no âmbito da Política Comercial Comum (PCC), a União passou a ser exclusivamente competente sobre esta matéria, pelo que, entre outras matérias incluídas nesta questão, apenas a União pode legislar ou celebrar acordos sobre os investimentos da União – incluindo os Estados-membros – em países terceiros e vice-versa (MOREIRA, 2014: 350-351). Não estando previsto

¹⁸ Esta situação pode ser suavizada através da negociação de um acordo entre o Estado-membro aderente e a União, no sentido de se permitir a aplicação imediata de qualquer futuro direito derivado que possa entrar em conflito com as convenções internacionais celebradas por esse Estado-membro, evitando-se assim, aquele conflito (ZIEGLER, 2016: 49). Para mais sobre este ponto, *vide* LAVRANOS (2010).

qualquer regime transitório em matéria de BITs celebrados antes da consagração da competência exclusiva da União sobre o investimento direito estrangeiro até à entrada em vigor do Regulamento 1219/2012, os BIT celebrados pelos Estados-membros com países terceiros e entre os próprios Estados-membros ficaram sujeitos à aplicação do regime do artigo 351.º TFUE, o que nos remete para as considerações que já apontamos *supra*.

Quanto às convenções celebradas pelos Estados-membros à margem do direito da União, elas são ilegítimas nos mesmos termos que o demais direito interno desconforme, daí decorrendo uma obrigação dos Estados-membros infratores de não implementarem e de revogarem essas convenções, sob pena de ação de incumprimento ao nível da União e de desaplicação das regras convencionais incompatíveis com o direito da União por parte dos tribunais nacionais, em respeito da primazia daquele.

Com efeito, quanto a essas convenções internacionais elas ficam obviamente sujeitas a um juízo de compatibilidade, nos termos gerais, não apenas com os Tratados, mas também com o direito derivado. Conforme indicamos, porém, no caso de competência exclusiva superveniente da União, os Estados-membros podem ser obrigados a conformar o texto das convenções, apesar de regularmente celebradas, por forma a assegurar que a mesma não infringe o disposto pelo direito da União, por aplicação da jurisprudência do TJUE de 2009, nos termos acima referidos.

e) Decisões judiciais

Não foi necessário esperar muito pela resposta à pergunta que colocamos no final da alínea a) do ponto 4.2., pois, menos de três anos volvidos após a pronúncia do TJUE em *Kühne & Heitz*, o âmbito da aplicação desta decisão – os atos administrativos *definitivos* – foi estendido para abraçar também atos judiciais. Naturalmente que se colocará, neste ponto, o problema do princípio da intangibilidade do caso julgado, ou *res iudicata*. Porém, tal não obsteu à pronúncia da decisão *Lucchini* em 2007, abrindo lugar a uma nova afirmação jurisprudencial da força do direito da União e das obrigações que impendem perante os Estados-membros (TJUE, Proc. C-119/05, 2007).

Com a afirmação de que «o direito comunitário se opõe à aplicação de uma disposição do direito nacional que pretende consagrar o princípio da força de caso julgado» (TJUE, Proc. C-119/05, 2007, cons. 63), o TJUE afasta o caso julgado com o fundamento de que tal é necessário para atribuir a máxima eficácia ao direito da União (EBERS, 2010: 834). A lógica do TJUE baseia-se, não apenas na plenitude de competências que os órgãos

jurisdicionais nacionais possuem para *afastar* disposições nacionais incompatíveis com os preceitos de direito da União¹⁹ – mas também na «*competência exclusiva da Comissão como fundamento para daí concluir que o Direito da União impõe aos Estados o dever de recuperarem ajudas ilegalmente concedidas, isto é, o dever de as revogar, independentemente do que dispuser ou permitir o Direito nacional (...), mesmo contra sentença judicial nacional já transitada em julgado*» (QUADROS, 2013: 686). A norma incompatível foi o artigo 2909.º do Código Civil Italiano, que prevê o princípio da *res iudicata* – devidamente destinada ao afastamento, *in casu*, face à sua incompatibilidade com o Direito da União, em cumprimento da lógica contida em *Simmenthal* (TJUE, Proc. 106/77, 1978) juntamente com a observação do *primado* em *Costa ENEL* (TJUE, Proc. 6/64, 1946)²⁰.

Esta visão dogmática contrasta com visões mais alarmantes de “ativismo judiciário” por parte do TJUE (GROSSOT & MINNSEN, 2008: 431)²¹. Será inútil discutir a existência de ativismo judiciário no TJUE, que consideramos ser um exercício interminável, até porque o impulso integrador do *pretor* é, na maior parte das vezes, difícil de descortinar por detrás da jurisprudência. No entanto, devemos ter algo presente: a existir ativismo judiciário, admitiremos que o TJUE não podia ter aguardado por melhor altura, dada a especificidade material do caso concreto: os auxílios de Estado, de importância acrescida para o cumprimento dos objetivos da União em matéria de defesa da concorrência e do *level-playing field* no mercado interno da União (GROSSOT & MINNSEN, 2008: 435)²².

Note-se que em caso de condenação de Portugal por incumprimento de uma obrigação perante a União, por força de uma decisão judicial transitada em julgado, esta é passível de recurso extraordinário de revisão de sentença nos termos do artigo 696.º al. f) do Código de Processo Civil²³.

¹⁹ Vide Cap. 2.2.2. a).

²⁰ Quebrando assim com a lógica vertida em *Kapferer* (TJUE, Proc. 234/04, 2006, cons. 24): «*o princípio da cooperação decorrente do artigo 10.º CE não obriga um órgão jurisdicional nacional a não aplicar as regras processuais internas a fim de reexaminar e revogar uma decisão judicial transitada em julgado, quando se apure que a mesma é contrária ao direito comunitário*».

²¹ NEBBIA (2008: 431) menciona ainda a conceção alemã do direito da União implementado ou pronunciado como *ultra vires*, perante a qual sempre que uma instituição tenta implementar medidas ou normas inovadoras não previstas nos tratados, estas não serão vinculativas.

²² Aliás, NEBBIA faz a distinção entre «*effective enforcement*» e «*effective judicial protection*». Na primeira, de relevância acrescida para o caso, é exatamente o estarmos perante uma situação de *compliance* dos Estados-membros que determina um acrescido mérito de “ativismo judiciário” por parte do TJUE.

²³ «*Da consideração de que é uma instituição da União Europeia e de que as suas decisões têm força vinculativa (...), pode concluir-se que o preenchimento dos pressupostos necessários (e suficientes) para se afirmar que as decisões do TJUE podem fundar um recurso extraordinário de revisão*» (LOPES, 2014: 104).

4.4. Insuficiência da solução vigente

Acabamos de atentar sobre as várias obrigações que se impõem, por um lado, às autoridades legislativas e administrativas nacionais de rever atos e decisões que se tornaram definitivos, assim como revogar leis incompatíveis e alterar convenções internacionais desconformes com o direito da União e, por outro lado, a obrigação dos tribunais nacionais de desaplicarem, nos casos submetidos ao seu julgamento, por invalidade, os atos e normas de direito interno desconformes com o direito da União. Por conseguinte, além da fiscalização política e administrativa, decorrente do direito da União, o direito interno proporciona uma espécie de fiscalização concreta incidental da desconformidade do direito da União, através dos tribunais comuns, a qual deixa em vigor as normas no ordenamento jurídico, por mais vezes que seja julgada inválida em casos concretos (salvos os casos de normas regulamentares).

No entanto, consideramos que, em razão da exposição, ficou patente a insuficiência do sistema vigente de fiscalização incidental concreta pelos tribunais comuns, por três razões fundamentais: (i) por não proporcionar um instrumento de declaração de invalidade com força obrigatória geral, que afaste definitivamente do ordenamento jurídico nacional a norma inválida à face do direito europeu, sobretudo no caso de normas legislativas; (ii) porque afasta dessa fiscalização o Tribunal Constitucional, apesar de no sistema da CRP e da LTC ele intervir em todos os processo de fiscalização da validade de normas legislativas e convencionais, mesmo quando não se trata de fiscalização da constitucionalidade; (iii) por a falta de uma competência judicial concentrada, pelo menos em via de recurso, poder dar azo a uma fiscalização fragmentária e inconsistente dos tribunais comuns, com o risco de desproteção do direito da União, fazendo incorrer o Estado em incumprimento de obrigações perante a União, por erro ou omissão judicial.

O afastamento do Tribunal Constitucional da fiscalização da validade jus-europeia do direito interno é tanto mais incongruente, quanto é certo que se trata de proteger a ordem jurídica “supraconstitucional” da UE e quando, nos casos-limite referidos no artigo 8.º n.º 4, *in fine*, da CRP, só o TC está em condições de identificar as situações em que o direito da União deixa de ser vinculativo da ordem interna, por desrespeito aos “princípios fundamentais do Estado de direito constitucional”.

Ora, é possível conceber um sistema de fiscalização alternativa que vá ao encontro das objeções enunciadas. Nem o direito da UE nem a CRP constituem uma barreira a esse desiderato.

Quanto à constituição da União, é manifesto, como se viu acima, que ela não estipula nenhum sistema específico de fiscalização da validade das normas internas desconformes com o direito da União. Respeitando a *autonomia constitucional dos Estados-membros* também neste ponto, as determinações da União relativas ao *princípio da efetividade* não obrigam a um sistema uniforme para todos os Estados-membros. Neste ponto, a União preocupa-se com o *resultado* – ou seja, a prevalência do direito europeu na ordem interna dos Estados-membros – e não com os *meios* usados pelos Estados-membros para o alcançar.

Quanto à CRP, é certo que nos artigos 277.º e seguintes não há a mínima referência à fiscalização do direito interno *versus* o direito da UE e à intervenção do TC nessa tarefa; todavia, o artigo 223.º, n.º 3, da CRP diz explicitamente que «*compete ainda ao TC exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei*». Essa abertura constitucional pode ser a porta de entrada para um novo mecanismo de fiscalização relativo à conformidade jus-europeia do direito interno, complementar da fiscalização incidental concreta exercida pelos tribunais comuns, nos termos acima vistos. Deve, aliás, referir-se que foi por essa via que se inseriu o TC no sistema de fiscalização da convencionalidade, ou seja, da conformidade das normas de direito interno com as convenções internacionais vigentes na ordem interna por força do artigo 8.º, n.º 2 da CRP, tal como prevista no artigo 70.º n.º 1 al. i) da LTC.

Não podem deixar de ser colocadas três questões essenciais, tendo em vista o que acabamos de afirmar e cuja resposta iremos descortinar no seguimento deste capítulo: Considerando que o direito da União nada prevê relativamente a um eventual conhecimento da validade do direito interno incompatível, qual é a posição do TJUE relativamente a estas normas? Estarão os tribunais nacionais sob uma obrigação de conhecer da validade das normas cuja aplicação têm de afastar? Não seria mais conveniente, do ponto de vista da coesão dos ordenamentos jurídicos, mas também do ponto de vista em que os Estados-membros ficam obrigados a revogar as disposições internas incompatíveis²⁴, prever um regime equivalente, em que o Tribunal Constitucional poderá conhecer estas normas em sede de fiscalização sucessiva, possuindo a faculdade de as invalidar nos termos do artigo 281.º CRP? Iremos assim tentar responder a estas questões, começando pelas pronúncias do TJUE em sede de reenvio prejudicial, relativas a um hipotético controlo pelos tribunais nacionais da validade do direito interno, avançando depois para uma discussão sobre as eventuais

²⁴ *Vide supra*, Cap. 4.3. c).

soluções que permitiriam ao Tribunal Constitucional fiscalizar estas normas, por aproximação a vários regimes já existentes no nosso sistema constitucional.

4.5. As soluções de controlo de constitucionalidade e equiparadas

Conforme indicámos, neste ponto iremos verificar os vários sistemas de fiscalização normativa estabelecidas na Constituição e na lei, por forma a encontrar um sistema que nos permita conhecer da conformidade das normas internas desconformes com o direito da União.

Começaremos por verificar a possibilidade de adoção de algum dos os quatro modelos ou sistemas existentes, relativos aos poderes de cognição do TC: *(i) controlo de constitucionalidade; (ii) controlo da legalidade reforçada; (iii) controlo da conformidade das normas estaduais com os estatutos das regiões autónomas; (iv) controlo de convencionalidade*. Qualquer que seja o sistema em cuja estrutura nos apoiemos para atingir o propósito, a sua previsão terá sempre de assentar no regime previsto no artigo 223.º n.º 3 da CRP, isto é, da possibilidade do «*Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas (...) pela lei*», o que permite a extensão das suas competências por via legislativa. Afastamos assim a ideia de aplicação analógica dos vários modelos, cuja implementação traria vários problemas de natureza intrassistémicas, conforme veremos *infra*.

a) Sistema do controlo da constitucionalidade

O primeiro sistema que se propõe é o sistema de controlo da constitucionalidade, cuja estrutura permitiria conhecer da conformidade do direito interno perante direito da União, nos mesmos termos em que se conhece a sua conformidade com a própria Constituição. Tal modelo teria como vantagem, não só de permitir o afastamento das normas internas desconformes por parte dos tribunais ordinários, , mas também em permitir ao TC pronunciar-se sobre as mesmas em sede de recurso, nos termos do artigo 280.º n.º 1, assim como em fiscalização abstrata, nos termos do artigo 281.º n.º 1 al. a) e 3 da CRP

Quer-se com isto dizer que, numa primeira abordagem, dotar o TC de uma ferramenta semelhante ao sistema de controlo da constitucionalidade existente na ordem constitucional portuguesa, efetivamente consagraria a possibilidade de se conhecer, não apenas da

conformidade do direito interno *ordinário* perante o direito da União, mas também de efetivamente declarar com força obrigatória geral a invalidade destas normas.

Porém, a implementação desta estrutura de controlo, para além de ser desnecessariamente complexa, traz o já verificado problema de sobrecarregar o TC quer com processos de fiscalização concreta, já que nos termos do artigo 280.º, n.º 1, al. b), caberia recurso para o TC das decisões que aplicassem o direito interno em processo cuja conformidade com o direito da União tivesse sido suscitada, quer com pedidos e fiscalização abstrata, ao abrigo do artigo 281.º²⁵.

Do ponto de vista da aplicação analógica do sistema, respeitar-se-ia ainda, com este modelo, as considerações de validade paramétrica do direito da União, incluindo-se tanto os Tratados e o restante direito primário, como o derivado. Todavia, a implementação deste sistema para consagrar o direito da União como critério de controlo de validade teria o efeito secundário de dissolver a diferença de natureza entre a Constituição e o direito da União.

b) Sistema de controlo da legalidade reforçada

Ainda dentro dos modelos que decorreriam do direito constitucional interno, isto é, da sua dependência de um tipo de controlo normativo existente no ordenamento jurídico dos Estados-membros, temos o modelo de equiparação à *ilegalidade reforçada*, solução avançada por Vital MOREIRA (2016: 713). Este modelo entrega aos tribunais nacionais o poder de «*conhecer e declarar, se for caso disso, com força obrigatória geral, tal incompatibilidade [com o direito da União], e a sua conseqüente inaplicabilidade*», opera através da equiparação das normas de direito da União, originário/primário ou derivado/secundário, às leis reforçadas do artigo 112.º, n.º 3, da nossa Constituição, o que determinaria, no limite, a possibilidade de o Tribunal Constitucional – e dos tribunais ordinários (em sede de controlo sucessivo concreto) – controlar a legalidade das normas internas desconformes com o direito da União, nos termos do artigo 280.º n.º 2 a) e 280.º n.º 1 b) da CRP.

Equiparar as normas decorrentes dos Tratados – direito originário – e as decorrentes dos atos das Instituições – direito derivado – às leis de valor reforçado, com o objetivo de solucionar a questão originada pelo *desvalor* jurídico da norma interna desconforme com o

²⁵ Efetivamente, problema idêntico à utilização do controlo da legalidade reforçada e das normas do Estado face aos estatutos das regiões autónomas, embora neste caso seja apenas para as normas no caso previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 280.º CRP, e não das previstas no caso da alínea d) do n.º 2 do mesmo artigo.

direito da União, serviria a função de ver a validade destas últimas a ser controlada, através dos mecanismos internos de fiscalização da desconformidade normativa já existentes no ordenamento jurídico interno. O TC seria assim também o *guardião*, não apenas da Constituição e de certas leis de valor reforçado (CANOTILHO, 2003: 928-929), mas em igual medida, da eficácia do direito da União na ordem jurídica interna. Veja-se que, mesmo em caso de tentativa de aplicação por analogia, este modelo justificaria a sua *parametricidade específica*²⁶, através da relação de primazia existente no eixo normativo europeu-estadual, desde já pelos fundamentos avançados em *Costa v. Enel* (TJUE, Proc. 6/64, 1964: 555), que, relembramos, estabeleceu «*a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral que não se lhe pode opor*» –, sem a qual não seria possível realizar os objetivos do Tratado.

Na verdade, outra razão que justifica a *parametricidade específica* do tratamento do direito da União através do modelo da ilegalidade reforçada é perceptível no artigo 8.º, n.º 4, da CRP, que recebe o direito da União (originário e derivado) –dos quais faz parte integrante o *acquis* jurisprudencial do Tribunal de Justiça –, acolhendo, portanto, os princípios de direito da União através do qual esta se rege, incluindo o princípio do primado e do efeito direto²⁷.

Deste exercício de equivalência, resultaria um grau de controlo acrescido, para lá do afastamento normativo preexistente, permitindo assim um controlo que, embora na sua vertente sucessiva-concreta, não resulte diferente à lógica de afastamento normativo de *Simmenthal*, poderia resultar eventualmente, nos termos do artigo 281.º n.º 1 al. b) e n.º 3 da CRP, num controlo de legalidade *com força obrigatória geral*, expurgando assim a norma desconforme do ordenamento jurídico interno.

Esta solução de forma alguma poderia colocar em causa a imediaticidade das normas de direito da União que gozam de efeito direto, sob pena de estarmos a repetir internamente a factualidade material que levou a *Simmenthal*. Porém, sendo implementada, estaria em conformidade com a possibilidade de controlo acrescido à legalidade das normas por parte

²⁶ O critério de *parametricidade específica* das leis reforçadas, aponta Gomes CANOTILHO (2003: 783), baseia-se, regra geral, em considerações *específicas* sobre a *métrica* normativa entre, compreenda-se a redundância, as *normas*, por exemplo, «*as leis de bases estabelecem parâmetros materiais vinculativos dos decretos-leis ou decretos legislativos regionais de desenvolvimento*». Ou seja, na relação hierárquica-normativa, a norma reforçada encontra-se numa posição superior, quer seja por mera hierarquia, quer seja porque estabelece os pressupostos de funcionamento de uma norma inferior.

²⁷ Não obstante as limitações relativas aos princípios de Estado de direito democrático, cujas posições doutrinárias vimos na primeira parte deste trabalho. *Vide* Cap. 2.3.2. e).

dos Estados – encontrada em *Lück* (TJUE, Proc. 34/67, 1968) e *IN.CO.GE.* (TJUE, Proc. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 29).

Para além disto, veja-se que nos termos do artigo 280.º n.º 2 al. d), cabe igualmente recurso para o TC das decisões que «*apliquem norma cuja legalidade haja sido suscitada durante o processo*», sendo relevante para tal o fundamento referido na alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo. Isto é, no caso da equiparação às normas com legalidade reforçada, o TC conheceria também dos recursos para conhecer da legalidade de normas internas aplicadas pelos tribunais ordinários, quando tendo sido suscitada no processo, sem êxito, a questão da sua desconformidade com o direito da União.

Contra esta solução podem levantar-se, porém duas objeções. Em primeiro lugar, nos termos da CRP, a fiscalização da legalidade reforçada vale somente em relação às leis, não a normas de outra natureza (convencional, regulamentar), as quais ficaram sujeitas somente à fiscalização concreta dos tribunais comuns. Em segundo lugar, tal como o modelo de controlo de constitucionalidade, também este modelo de controlo implicaria uma grande sobrecarga do TC, quer na fiscalização concreta nos termos do art. 281, n.º 1, al. b), quer na fiscalização abstrata (art. 281º). Para além disto, esta solução equipararia o direito da União a uma categoria normativa infraconstitucional, uma ideia que parece afastada pela própria CRP no seu artigo 8.º n.º 4, sendo que se pode, aliás, retirar da recente pronúncia do TC (TC, Proc. 528/2017, 2020, cons. 2.7) que o direito da União possui o mesmo valor paramétrico que a CRP, algo irreconciliável com a natureza proposta por esta solução.

c) Sistema controlo das normas estaduais incompatíveis com estatutos das regiões autónomas

Ao incluirmos o sistema de controlo das normas estaduais incompatíveis com estatutos das regiões autónomas visamos apontar a possível equiparação do controlo do direito da União, originário e derivado, à categoria de normas previstas no artigo 280.º n.º 2 al. c) da CRP²⁸, isto é lançar mão do mecanismo que permite que se conheça da conformidade de «*norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma*»²⁹.

²⁸ Fica de fora deste modelo a hipótese contida na alínea b) do n.º 2 do artigo 281.º, pois a mesma prevê o conhecimento das normas «*constantes de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de região autónoma*», porque aí a legitimidade da legislação regional decorre do estatuto regional, pelo que aquela não podem contrariar este.

²⁹ Esta modalidade de fiscalização fora introduzida na revisão constitucional de 1982, «*concernentes à garantia da autonomia regional...*» (MOREIRA, 2016: 710).

Um sistema de controlo nestes moldes obteria resultados semelhantes ao modelo anterior, permitindo recurso da decisão dos tribunais ordinários para o TC, nos termos do artigo 280.º n.º 2 al. c) e al. d) da CRP e ainda declarar a sua invalidade, em sede de fiscalização abstrata, isto é, com força obrigatória geral nos termos do artigo 281.º n.º 1 al. d) e n.º 3 da CRP. Isto é, nos casos de fiscalização abstrata, seria possível ao TC efetivamente “extrair” a norma do ordenamento jurídico com fundamento em violação do direito da União por parte da mesma. A única diferença sensível como o modelo anterior consiste em que não abrange somente os atos legislativos, mas sim todos as normas de qualquer natureza. No entanto, só abrange as normas estaduais e não todas as normas internas.

Além dessa limitação, este sistema de controlo normativo suscita também o mesmo problema de sobrecarga do Tribunal Constitucional suscitado quanto aos modelos anteriores, quer quanto à fiscalização abstrata (art. 281º, nº 1, al. d) quer quanto à fiscalização concreta, nos termos do artigo 280.º n.º 2, al. d), agora relativo ao caso da alínea b) do mesmo n.º 2, que permite recursos para o TC de decisões judiciais que tenham aplicado normas internas arguidas de desconformidade com o direito da União no processo.

Um sistema que nos permita entregar aos tribunais o poder de fiscalizar as normas de direito interno face aos Tratados, equiparando-os com os estatutos das regiões autónomas, teria certamente as vantagens que verificamos, nomeadamente a possibilidade de recurso para o TC em sede de fiscalização concreta e ainda a possibilidade de fiscalização abstrata da norma interna ferida de desconformidade. Porém, tal controlo não seria ideal, pois sobrecarregaria o TC com processos em sede de recurso de decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade tenha sido arguida. Esta particularidade, aliada ao facto de que mesmo os Tratados seriam equiparados, tal como no sistema de legalidade reforçada, a normas legais infraconstitucionais, leva à conclusão de que este sistema não é apto para atingir o propósito visado pela hipotética equiparação.

d) Sistema de controlo de convencionalidade

Por último, veremos o modelo previsto para o *controlo de convencionalidade*. Esta solução, nos moldes internos que atualmente possui, permite ao TC, nos termos do artigo 70.º, n.º 1, al. i) da LTC, conhecer, em sede de recurso, das decisões dos tribunais ordinários «*que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade como anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional*».

É necessário esclarecer que, entre nós, este controlo de convencionalidade resulta, num primeiro momento, da competência dos tribunais ordinários, para «*conhecer da contradição entre normas internas e normas convencionais (assim como entre normas internas e normas de Direito Internacional geral ou comum)*» (MIRANDA & MEDEIROS, 2010:182-183). O que a Lei do TC veio acrescentar foi a possibilidade de as decisões dos tribunais ordinários serem recorríveis em certos termos para o TC. Assim, o TC possui poderes para conhecer da validade das normas internas, de carácter legislativo, cuja aplicação tenha sido recusada pelos tribunais ordinários por alegada desconformidade com o direito internacional, ou então que tenha aplicado tais normas em direta contrariedade com a jurisprudência anterior do TC sobre essa questão.

Note-se, antes de mais, que este mecanismo de controlo da conformidade do direito doméstico com o direito internacional convencional já cobre as questões de desconformidade do direito interno com os Tratados da União, como convenções internacionais que são, mas não com o direito derivado da União. Todavia, ele só cobre a avaliação dos atos legislativos, não de todo o direito interno. São duas importantes limitações quanto à cobertura deste modelo de controlo

Além disso, quanto à questão dos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional no sentido da desconformidade normativa, elas apenas têm efeitos no processo de onde surgiu o recurso, sendo a norma afastada na sua (des)aplicação –, mas mantida em vigor no ordenamento (CANOTILHO, 2003: 1047). Esta ideia é suportada pelas considerações de Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (2010: 182-183), pois não é possível qualquer tipo de fiscalização abstrata para aquelas normas, inclusive no caso em que TC já tenha conhecido, concretamente e por três vezes, da desconformidade destas.

Também devemos atender ao facto de que o controlo de convencionalidade, como se indicou, visa a recusa da aplicação da norma interna com fundamento na sua contrariedade com uma convenção, *mas não com o direito criado em razão da convenção, ou pelas instituições criadas por esta convenção*. Quer isto dizer que embora os Tratados estejam englobados no conceito de convenção internacional para fins deste sistema – encontrando-se, neste ponto, também a CDFUE, em razão do valor igual ao direito primário reconhecido pelo artigo 6.º TUE –, já o direito derivado não se encontra englobado nesta conceção, significando que estaria de fora do sistema de controlo da convencionalidade.

Já do lado internacional da questão, a doutrina latino-americana e norte-americana tem vindo a ocupar-se da análise da experiência da aplicação do conceito de fiscalização da

convencionalidade, que muito deve as suas origens intrassistémicas às necessidades de aplicação da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969 (CIADH). A definição desta doutrina em pouco difere dos moldes de controlo exercidos pelos tribunais ordinários apresentada acima – porquanto devem os tribunais recusar a aplicação de normas internas contrárias à Convenção –, mas com uma *nuance*, ou seja, desde que não seja possível a *interpretação conforme* daquelas aos preceitos destas últimas (GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, 2018: 13). Não se dá por perdida a similitude deste conceito com a doutrina *Simmenthal*, algo que GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ admite, embora considere que no que se reporta a direitos humanos, não exista nenhum sistema absolutamente similar, até porque este – ao contrário do existente na União Europeia –, pressupõe um entendimento vertical, não apenas jurídico mas também institucional, colocando em risco princípios como a subsidiariedade e o pluralismo jurídico, ao impor uma visão predominantemente monista da estrutura de proteção interamericana, da qual os Estados serão parte integrante (GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, 2018: 15-16 e DULITZKY, 2015: 52).

Este conceito poderá ser posteriormente dividido em dois entendimentos ou modalidades díspares e nem sempre coincidentes, como André de Carvalho RAMOS (2016: 18) avança – um controlo de convencionalidade *internacional* e um controlo de convencionalidade *nacional*. Porém, o conceito só revela interesse para o objeto deste trabalho na sua modalidade *nacional* – no já mencionado controlo de conformidade entre as normas internas e as que decorrem do direito internacional, pelo que a modalidade *internacional* desse controlo – a ser exercida pelos tribunais internacionais, como é o caso do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH) e ainda do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), não será considerada na tentativa de adaptação deste modelo de controlo.

A modalidade nacional do controlo de convencionalidade é mais bem explicada no acórdão *Almonacid-Arellano v. Chile* (TIADH, Proc. Serie C n.º 154, 2006, cons. 124), cujas passagens carecerão de análise. O Tribunal começa por estabelecer uma ligação entre o dever judicial, o qual se fundamenta na sua sujeição à lei, e as obrigações que incumbem aos órgãos dos Estados fruto das suas responsabilidades internacionais: [a] *Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico*».

Incumbe assim aos tribunais dos Estados uma obrigação de zelar pelos efeitos das disposições convencionais, quando contrapostas com direito interno que lhes sejam

contrários: «quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos».

Finalmente, o Tribunal estabelece uma obrigação de controlo da compatibilidade entre o direito interno e a Convenção, impondo ainda uma leitura vinculada do texto daquela nos termos da interpretação constante do Tribunal Interamericano: «[e]m outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo».

Trata-se de um conceito que DULITZKY (2015: 52-54) chama de *absolutista*, ao criar um princípio integrador, que visa transformar o princípio da subsidiariedade vigente na Convenção, assim como a sua característica de complementaridade junto da ordem constitucional dos Estados-membros, num elemento interno e permanente nessa mesma ordem. Esta ideia não fora bem recebida pela doutrina, que rapidamente cuidou de apresentar uma ordem de restrições ao conceito de controlo de convencionalidade; veja-se, por exemplo, a recente opinião de PAUL (2019: 296-297), que identifica pelo menos duas leituras restritivas do mesmo: (i) um controlo de convencionalidade *fraco*, perante o qual os tribunais ordinários apenas se limitam a interpretar as leis nacionais de acordo com a Convenção e (ii) um controlo de convencionalidade *forte*, prevendo um afastamento normativo, apenas permitido aos tribunais com competência específica para proceder a controlo de normas. Ambas as leituras apontam para a mesma realidade, ou seja, a dependência da atribuição formal de competências por parte das regras processuais internas dos Estados-partes na convenção para proceder ao controlo vai limitar a aplicação plena do conceito de controlo de convencionalidade.

Allan Brewer CARIAS (2012: 17) opõe-se a esta lógica, pois, como indica, teria consequências nefastas na aplicação da Convenção no ordenamento jurídico de alguns Estados partes da mesma: «en países como Panamá, Costa Rica o Chile, donde sólo existe un sistema concentrado de constitucionalidade que ejerce en exclusiva la Corte Suprema y

no existe control difuso de constitucionalidad, lo que podría llevar a la conclusion que los jueces en general no podrían ejercer el control de convencionalidad».

Num eventual exercício de adaptação, este conceito mais restrito não se deve confundir com o princípio de *autonomia processual*, o qual apenas entrega às autoridades nacionais a liberdade na escolha dos meios através dos quais irá dar lugar à efetividade do direito da União, o qual limita, aliás, esta liberdade através da interposição de um princípio de equivalência, isto é, os meios de efetivação disponibilizados pelo ordenamento jurídico interno não podem dificultar ou onerar a proteção dos direitos decorrentes do ordenamento da União – a mesma deve ser equivalente aos direitos decorrentes do ordenamento jurídico dos Estados-membros. Com efeito, para além da distinção conceptual, deve também ter-se em conta que a jurisprudência do TJUE, tal como o direito da União, advêm de uma ordem jurídica autónoma, a qual atribuiu efetivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais poderes de proceder a um certo controlo de normas, embora este, como argumentamos neste trabalho, não seja absoluto.

Ademais, do lado interno da questão, há que ter em consideração as várias cláusulas de receção do direito da União Europeia e dos termos definidos por este, algo que, como PAÚL (2019: 298) aponta, se adaptado à questão ibero-americana, solucionaria a questão da interpretação do controlo de convencionalidade por parte do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos³⁰ – isto é, entregaria a este órgão jurisdicional a possibilidade de determinar a sua jurisprudência como vinculativa e com o mesmo valor reconhecido à CIADH, atribuindo assim um *mandate* às jurisdições ordinárias em muito similar ao existente no direito da União Europeia (DULITZKY, 2015a: 101).

Voltando à problema de definir adequadamente este controlo de convencionalidade no âmbito da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, como DULITZKY (2015: 58) explica, *«makes it mandatory that the Convention functions as a domestic and legally binding standard with a higher rank than any other legislation, including the Constitution. Thus, the conventionality control theory breaks the traditional scheme for the incorporation of international law into domestic law».*

Do modelo português de controlo da convencionalidade verificam-se vários elementos estruturais que servirão de suporte a um modelo de controlo que vise conhecer da

³⁰ Vide DULITZKY (2015a: 101): *«neither the text of the Convention nor the general principles of international law specify how, exactly, the Convention should be domestically incorporated, or if it should rank at any particular level in the domestic system».*

legalidade da disposição nacional incompatível, isto é, contando que o TC possua competências para conhecer da legalidade da disposição contrária ao direito da União, seja no caso concreto, e depois de verificada a repetição por três vezes, com força obrigatória geral em fiscalização sucessiva abstrata – o que atualmente não possui. Não estamos sozinhos, nestas considerações; já Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (2010: 183) partilham da mesma opinião, relativamente à possibilidade de fiscalização da convencionalidade das normas internas «*por iniciativa de certos órgãos ou de certas frações de titulares de órgãos, seja a partir de três decisões concretas do Tribunal Constitucional*», nos termos do artigo 281.º CRP.

O que esta solução não prevê, naturalmente, seria, por um lado, a invalidação das disposições nacionais por parte dos órgãos jurisdicionais ordinários, entregando o poder exclusivo ao TC, apenas em sede de fiscalização concreta e apenas nos casos em que está em causa a desconformidade de normas internas perante os Tratados, nunca perante o direito derivado. Veja-se que, tal como vimos em *Lück* (TJUE, Proc. 34/67, 1968) e *IN.CO.GE.* (TJUE, Proc. C-10/97 a C-22/97, 1998, cons. 21), a *ratio minima* das obrigações do juiz nacional situa-se na desaplicação das normas contrárias ao direito da União, possuindo os Estado-membros, em sentido amplo, liberdade para aplicar «*as medidas apropriadas para o propósito de proteger os direitos individuais atribuídos pelo direito Comunitário*». Assim, ao adaptarmos o modelo de controlo de convencionalidade a este fim, os tribunais ordinários dos Estados-membros desaplicariam as normas desconformes, cabendo depois, entre nós, recurso para o TC. Esta solução apresentar-se-ia no seguimento destas decisões, sendo compatível com a jurisprudência do TJUE.

Veja-se ainda, em tentativa de aplicação analógica do próprio sistema de controlo da convencionalidade, que a questão da parametricidade reconhecida ao direito da União através desta solução não levantaria os problemas que tivemos a oportunidade de apontar nas duas soluções anteriores. Efetivamente, resulta das opções políticas do legislador constituinte, não só a participação na construção europeia através da atribuição de competências à União, nos termos do artigo 7.º n.º 6 da CRP, como também a receção dos «*tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas pelas suas instituições (...) aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União*», conforme o artigo 8.º, n.º 4, da CRP. A solução do controlo de convencionalidade acolheria o direito da União respeitando o valor paramétrico que lhe que é reconhecido pela CRP.

Todavia, nem uma solução que aplique a estrutura do controlo da convencionalidade, nem este controlo em sede de aplicação analógica, estende o conhecimento da desconformidade das normas internas perante o direito derivado da União. Pelo que todos os casos em que fosse verificada qualquer desconformidade com o direito derivado, teria o juiz nacional de regressar à *ratio minima* de *Simmental*, limitando-se a afastar a norma, ficando internamente vedado de a remeter ao TC para fiscalização da convencionalidade. Igualmente, tendo em consideração que o TC apenas poderia conhecer em sede de fiscalização concreta, o mesmo estaria impedido de invalidar a mesma com força obrigatória geral, ou seja, fica vedada a fiscalização abstrata, o que implica que as normas desconformes se mantenham em vigor no ordenamento jurídico interno.

Assim, o sistema do controlo da convencionalidade, nos presentes moldes, é uma solução imperfeita para os fins que visamos almejar, porque não permite, por um lado, que o TC conheça da conformidade do direito interno perante o direito derivado da União, nem permite, por outro lado, que o faça de forma abstrata por forma a remover a norma do ordenamento jurídico.

4.6. Sistema proposto

As considerações anteriores, em especial a de que a adoção de qualquer dos modelos de controlo normativo atualmente disponíveis na ordem constitucional portuguesa se revela excessiva ou inadequada para atingir os objetivos propostos, leva-nos a considerar *sistema próprio* para o controlo da conformidade das normas internas com o direito da União.

A aplicação deste sistema não encontra a sua estrutura através de inspiração direta em qualquer outro sistema, nem o tenta fazer por via analógica. É um sistema próprio, passível de aplicação igualmente nos termos do artigo 223.º, n.º 3, da CRP, desde que tal competência seja atribuída ao TC em razão de lei criada para essa mesma finalidade. Como veremos, é efetivamente o único sistema cuja estrutura não se encontra onerada pela categorização dos atos que o legislador constituinte decidiu consagrar em sede de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade reforçada, algo que apenas o beneficia, pois consegue ser original. Embora tendo como ponto de partida o atual mecanismo de fiscalização da convencionalidade, o sistema proposto inclui várias diferenças substanciais, que o tornam realmente diferente.

Consistiria no seguinte:

a) instituir um *recurso para o TC* das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de norma interna com fundamento na sua contrariedade com o direito da União, ou que a apliquem em desconformidade como anteriormente decidido sobre a questão pelo próprio Tribunal Constitucional;

b) conferir ao TC o poder de *declarar com força obrigatória geral* a ilegalidade de qualquer norma interna que tenha sido três vezes julgada desconforme com o direito da União pelo próprio TC.

Esta solução é original porque, em primeiro lugar, permitirá ao TC o conhecimento do direito da União na sua totalidade, não ficando limitado apenas ao direito convencional – os Tratados –, ultrapassando o primeiro problema que se encontra no sistema do controlo da convencionalidade. Assim, poderia o TC conhecer, em sede de fiscalização da legalidade, a conformidade do direito interno com os Tratados e com os atos das instituições, órgãos e organismos da União, tomados ao abrigo daqueles (“direito derivado”). Do mesmo modo, a fiscalização do TC incidirá sobre todo o direito interno, e não somente sobre os atos legislativos, como sucede no atual regime de fiscalização da convencionalidade.

É original porque permitirá igualmente ao TC conhecer da desconformidade do direito interno com o direito da União, não só em sede de fiscalização concreta – o que apenas produziria efeitos no caso concreto –, mas também em sede de fiscalização abstrata, permitindo que seja declarada, com força obrigatória geral, a desconformidade da norma interna com o direito da União, através de um processo de conversão da fiscalização concreta em fiscalização abstrata, através da pronúncia por três vezes da desconformidade em fiscalização concreta. Assim se ultrapassa igualmente o segundo problema do sistema de controlo de convencionalidade, que é a restrição à fiscalização concreta.

Reunidas as características que apresentamos, este modelo reservará o conhecimento do TC, nos termos *supra*, apenas aos casos em que os tribunais ordinários desapliquem o direito interno em razão da sua desconformidade ou o apliquem contrariamente à jurisprudência anterior do TC, prescindindo do recurso das decisões em que os tribunais tenham aplicado normas arguidas pelas partes de incompatibilidade com o direito da União, assim como da fiscalização abstrata direta. Ultrapassa-se assim o problema presente não só na fiscalização da constitucionalidade, mas também na fiscalização da legalidade reforçada e do respeito pelos estatutos das regiões autónomas, evitando sobrecarregar o TC com recursos de “decisões negativas de desconformidade” e com pedidos de fiscalização abstrata.

Veja-se que, na sua essência, a novidade trazida por este mecanismo aproveita o controlo incidental já realizado pelos tribunais ordinários – como tribunais nacionais, resultante do *mandato* contido em *Simmenthal* –, mas fá-lo consagrando na ordem interna, não apenas o controlo difuso realizado por estes, mas também a competência, inexistente até ao momento, do TC em sede de fiscalização da legalidade daquelas normas, por via de recurso das decisões judiciais.

Talvez de maior importância será a afirmação de que este sistema próprio, um sistema de *controlo de conformidade jus-europeu*, ultrapassaria a presente lacuna que impossibilita a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral do direito interno contrário ao direito da União – incluindo perante o direito derivado –, permitindo a participação do TC desde logo no mecanismo do controlo incidental, mediante recurso, assegurando a harmonização da jurisprudência dos tribunais ordinários. Este sistema reforçaria igualmente o papel do TC na efetivação do direito europeu, pois no limite e em razão da capacidade de fiscalizar abstratamente o direito interno, implicará a invalidação com força obrigatória geral das normas desconformes do ordenamento jurídico interno.

No mínimo, a possibilidade de fiscalização nestes termos, reduzirá o número de condenações do Estado português por incumprimento em razão da manutenção de legislação incompatível no seu ordenamento jurídico.

Conclusões

«*When everybody else thinks it's the end, we have to begin*» (Konrad Adenauer).

Chegados então ao final desta viagem, cumpre concluir este estudo, fazendo uma súmula geral dos vários momentos que vimos no decorrer do mesmo. Não pretendemos fechar de uma forma conclusiva o tema, pois o mesmo, pela sua própria natureza, não nos confere – nem o desejaríamos – tal liberdade, mas servirá este ponto como o momento em que conseguiremos, ou pelo menos consideramos conseguir, aglomerar satisfatoriamente a lógica apresentada ao longo desta dissertação, expondo as questões que ficarão abertas para o futuro.

Não decorre do direito da União Europeia qualquer tipo de obrigação que exceda a obrigatoriedade de desaplicação das normas internas dos Estados-membros em situação de desconformidade com o próprio direito da União. Este facto não é lacunoso, pois na sua conceção, a *ratio minima* é a de que através do afastamento do direito desconforme no caso concreto, o juiz nacional conseguirá assegurar a aplicação efetiva do direito da União e, portanto, proteger os direitos conferidos aos cidadãos por este ordenamento. Esta ideia advém da decisão *Simmenthal* do TJUE, mas também da jurisprudência posterior à mesma, que reafirma esta obrigação-base que incumbe aos tribunais nacionais. Todavia, essa mesma jurisprudência apresenta, pelo menos conceptualmente, a possibilidade contida na própria capacidade dos Estados-membros, no âmbito da sua autonomia constitucional, em consagrarem medidas mais exigentes no sentido da efetivização daqueles direitos. Tal ponto consideramos ter demonstrado eficazmente e com adequada clareza. Com a explanação da obrigação que incumbe perante os juizes nacionais, feita, aliás, no seguimento da caracterização do ordenamento jurídico da União, que consideramos conter características federais, mas tendo sempre em consideração o facto de que nada mais é exigido para além do afastamento das normas internas desconformes, decidimos virar a nossa atenção para as soluções internas que potencialmente permitam o resultado *supra* indicado, ou seja, que se conheça da validade do direito interno contrário ao direito da União com força obrigatória

geral, de modo a afastar da ordem jurídica doméstica as normas incompatíveis com o direito da União.

O trabalho realizado nos primeiros dois capítulos preocupa-se não apenas com a caracterização do ordenamento jurídico da União, mas também com a preocupação constante da União com a *efetividade* do seu próprio direito na ordem interna dos Estados-membros, chamados a dar execução àquele. Esta é a razão pela qual foram consagrados, não apenas o princípio da *primazia do direito da União* sobre o direito dos Estados-membros, mas também o princípio que visa estabelecer que certas normas de direito da União são passíveis de produzir *efeito direto*, acarretando a sua invocabilidade em juízo pelos cidadãos, sem qualquer necessidade de intervenção legislativa por parte dos Estados-membros. Naturalmente que estes princípios possuem limites, na sua maioria impostos a nível das ordens constitucionais dos próprios Estados-membros da União, visando a salvaguarda de um conjunto de elementos essenciais para essas mesmas ordens, como sejam os direitos fundamentais, a identidade constitucional, a “competência das competências” dos Estados, ou mesmo princípios fundamentais da ordem constitucional desses Estados.

Pela relevância do problema das normas internas desconformes com o direito da União, tanto no que concerne à sua eventual invalidação, como quanto à relevância de tal possibilidade para o ordenamento jurídico da União – uma preocupação em razão das consequências da hipótese prática para o processo de integração *federal* que continuamos a observar –, partimos à descoberta das soluções aplicadas em várias estruturas estaduais compostas, de natureza federal. A União Europeia é uma estrutura política sem igual, mas, dado o cariz crescentemente federal que a mesma assume, tornou-se necessário olhar para outras federações – independentemente do modelo concreto federal utilizado – para ver as várias soluções dadas ao problema em análise. Escolheram-se federações de natureza diversa, de forma a verificar como é que os vários modelos, por vezes mais próximos, por vezes mais afastados da União Europeia, solucionavam a desconformidade normativa das unidades federadas perante a ordem jurídica da unidade federal.

A resposta dada pelos vários ordenamentos federais à questão colocada foi tão diversa quanto surpreendente. Se, por um lado, todos os ordenamentos consagram, através de diferentes soluções, a possibilidade de invalidar normas estaduais desconformes com o direito federal – na maioria dos casos remetendo-se a mesma à repartição de competências legislativas previstas na Constituição entre a federação e as unidades federadas –, a análise feita parece demonstrar que o tipo específico de federalismo – seja de clara repartição de

competências (o federalismo americano) ou de cariz cooperativo/funcional (o federalismo alemão) – influencia diretamente tanto o funcionamento da doutrina de primazia existente num determinado tipo de federalismo, como o tipo de infração passível de ter lugar em razão das diferentes regras de atribuição de competências. Para além disto, conseguimos verificar que o controlo de normas estaduais depende em larga medida da estrutura de fiscalização – centralizada ou descentralizada – encontrada nesses mesmos Estados federais.

Todavia, as características próprias que o ordenamento jurídico da União Europeia exhibe – nomeadamente a nível da repartição de competências, da participação dos Estados-membros no processo legislativo da União através do Conselho, assim como da implementação do direito da União deixada predominantemente a seu cargo – levam-nos a concluir que, não obstante a existência de uma doutrina de primazia de origem jurisprudencial, de estilo americano –, o tipo de integração federal encontrada na União é de *cariz cooperativo/funcional*.

Esta conclusão é relevante, pois permite afirmar que perante a comparação dos tipos de federalismo acima descritos, apenas nos sistemas cooperativos/funcionais poderão surgir normas internas formalmente válidas, sobre matérias para as quais os órgãos legislativos dos Estados-membros possuem competência, mas desconformes perante o direito emanado pelos órgãos da ordem jurídica superior, na qual aqueles também se inserem. É uma ideia-chave de um sistema que se pauta não só pela repartição de competências legislativas, mas também pela delegação da execução das leis da União aos Estados-membros. O universo das desconformidades possíveis é mais amplo do que seria se se tratasse de uma mera desconformidade *ultra vires* (ou seja, por falta de competência); mesmo nas matérias sobre que mantêm competência, o direito dos Estados-membros deve conformar-se com o direito da União.

Cabendo aos tribunais nacionais, descentralizadamente, assegurar a conformidade do direito nacional com o direito da União, os Estados-membros mantêm, porém autonomia sobre os instrumentos e os mecanismos processuais apropriados para o efeito. Na verdade, como se demonstra no quarto capítulo, entre as várias obrigações de conformação do ordenamento jurídico interno que incumbem aos órgãos do Estados não se encontra entre as mesmas a obrigação judicial de invalidar o direito interno desconforme com força obrigatória geral.

Esta inexistência de uma solução uniforme imposta pela União leva-nos a concluir que níveis mais exigentes na efetivação judicial do direito da União, para além dos meios

atualmente consagrados, dependem unicamente da vontade dos Estados-membros, e não da União. Os mecanismos de apreciação da validade do direito interno contrário ao direito da União e os seus efeitos competem aos Estados-membros, sendo um problema interno destes, pelo que a solução terá de ser encontrada ou desenvolvida internamente no ordenamento jurídico dos Estados.

É curioso, através da análise das características da integração jurídica europeia e das obrigações que incumbem aos seus Estados-membros em razão da mesma, em comparação com os sistemas federais preexistentes e as dinâmicas da relação entre unidades federadas e unidade federal, que se tenha chegado à mesma conclusão que o TJUE chega, ao determinar que o direito da União permite que os Estados-membros implementem medidas adicionais visando a proteção dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico da União. Isto é, a solução apresentada por *Simmenthal* e confirmada com *Lück* e *IN.CO.GE.* confirmam o estudo comparativo realizado, não só quanto à escolha expressa pela União no seu percurso de integração jurídica, mas também quanto à ideia de que perante este percurso, a solução quanto à invalidade das normas internas contrárias ao direito da União depende dos Estados-membros.

A partir deste ponto, analisámos vários modelos que, permitindo ter em atenção a complexidade da aplicação descentralizada do direito da União, seriam passíveis de ser aplicados na ordem constitucional portuguesa. Além dos quatro modelos existentes no ordenamento constitucional nacional quanto ao controlo dos vários tipos de supraordenação normativa, considerámos um modelo inovador, original em vários aspetos, visando permitir ao TC conhecer a legalidade das normas nacionais violadoras do direito da União.

Os quatro primeiros modelos foram, respetivamente, o do controlo de constitucionalidade, o do controlo da legalidade reforçada, o do controlo do respeito pelos estatutos das regiões autónomas e o do controlo de convencionalidade. Todos estes modelos possuem vantagens e desvantagens, mas todos levariam a situações não ideais, pois ou não levariam exatamente ao objetivo visado ou, levando, faziam-no de uma forma cuja complexidade e risco de banalização da jurisdição constitucional motivaram a procura de uma solução mais apropriada, acima das insuficiências reveladas por cada um dos sistemas disponíveis. Por isso, apresentou-se, para essa finalidade, um sistema próprio, desprendido das considerações sistémicas relativas aos outros modelos de controlo, o que permitiu ultrapassar as insuficiências dos mesmos, e que consiste em, após o controlo difuso exercido pelos tribunais ordinários competentes, instituir um recurso dessas decisões para o TC,

confiando-lhe o poder para se pronunciar em última instância sobre o direito interno em situação de desconformidade perante o direito da União.

Tal solução iria, em consequência, fortalecer o diálogo judicial entre o nosso TC e o TJUE, aperfeiçoando o sistema normativo e criando uma maior coesão com o ordenamento jurídico da União Europeia. Esta maior coesão entre os ordenamentos jurídicos, ao reduzir o número de legislação incompatível com o direito da União, resultaria ainda num aumento de conformidade normativa, o que teria implicações a nível da redução de situações de incumprimento pelo Estado português.

O estudo que fizemos teve como propósito não apenas a análise de um ordenamento jurídico supranacional cada vez mais amplo e denso, mas também as formas como, numa estrutura constitucional multinível, de partilha de responsabilidades pelo cumprimento das suas obrigações e pelo aperfeiçoamento da própria dinâmica entre sistemas, poderão os ordenamentos jurídicos nacionais participar nessa mesma eficácia. Já Walter HALLSTEIN, um dos pais fundadores da União e primeiro presidente da Comissão (à data, da Comunidade Económica Europeia), teorizou metaforicamente que a integração seria como as rodas de uma bicicleta – se o ciclista, os atores no processo de integração, pararem de pedalar, a mesma desequilibrar-se-ia e cairia.

Bibliografia

ABREU, J. 2014. *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia* (Tese de Doutoramento). Braga: Universidade do Minho.

ABALLE, V. 2009. Comparative Perspectives of the Articulation of Horizontal Interjurisdictional Relation in the United States and the European Union : The Federalization of Civil Justice. *New England Journal of International and Comparative Law*. Vol. 15, n.º 1, p. 1-40.

AMALFITANO & POLLICINO. 2018. *Two Courts, two Languages? The Taricco Saga Ends on a Worrying Note*. Verfassungsblog, Berlin. Disponível [em linha] em: <https://verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/>

AMPHOUX, J. 1961. L'Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 16 Décembre 1960 dans L'affaire Humblet. *Revue Générale de Droit International Public*, p. 546-574.

AZOULAI, L. 2013. The European Court of Justice and the duty to respect sensitive national interests. In DAWNSON, M., DE WITTE, B. & MUIR, E. (Eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 167-187.

BARAV, A. 1974. The Exception of Illegality in Community Law: A Critical Analysis. *Common Market Law Review*, Vol. 11, n.º 4, p. 336-386.

BARAV, A. 1985. Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol 21, n.º 2, p. 313-341.

BARAV, A. 1994. Omnipotent Courts. In CURTIN, D. & HEUKELS, T. (Eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol II. Boston: Dordrecht, p. 265-302.

BARAV, A. 2008. Déformations Préjudicielles. In *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*. Bruxelles, 2008.

BARAV, A. 2015. Les effets du droit communautaire directement applicable: Observations sur l'arrêt de la Cour de justice du 9 mars 1978 dans l'affaire 106/77 Administration des finances de l'état c. société anonyme simmenthal. In *L'application*

judiciaire du droit de l'Union européenne: Recueil d'études, Vol. 10. Bruxelles: Bryulant, p. 85-123.

BARENTS, R. 2004. *The Autonomy of Community Law*. Haia: Kluwer Law International

BARENTS, R. 2009. The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism. *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, n.º 3, p. 421-446.

BARILE, P. 1969. Ancora su diritto comunitario e diritto interno. *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*. Vol. VI, p. 45.

BARNARD, C. 2013. *Van Gend en Loos to(t) the future*. Paper presented at the 50ème Anniversaire de l'Arrêt Van Gend en Loos 1963-2013, Luxembourg, p. 117-122.

BEAUD, O. 1998. Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, n.º 1, p. 83-122.

BEAUD, O. 2009. *Théorie de la Fédération*. Paris : Presses Universitaires de France.

BEBR, G. 1967. Judicial Remedy of Private Parties against Normative Acts of the European Communities: The Role of the Exception of Illegality. *Common Market Law Review*, Vol, 4, n.º 1, p. 7-31.

BEBR, G. 1981. *Development of Judicial Control of The European Communities*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers.

BEBR, G. 1994. Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law. In CURTIN, D. & HEUKELS, T. (Eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II. Boston: Dordrecht, p. 303-334.

BECK, G. 2011. The Lisbon Judgement of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of Kompetenz-Kompetenz : A Conflict between Right and Right in Which there is No Praetor. *European Law Journal*. Vol 17, n.º 4, p. 470-494.

BERTRAND, B. 2012. La Jurisprudence Simmenthal Dans La Force de L'age. Vers Une Completude des Competences du Juge National? *Ius Publicum Network Review*. (1), Disponivel [em Linha] em: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/13_04_2012_16_29-Bertand_Articlemars2012_TEMPLATE2def.pdf.

BOCH, C., & LANE, R. 1992. European Community Law in National Courts: a Continuing Contradiction. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 5, n.º 2, p. 171-185.

BOIX, A. M. P. 2008. A Comparative Model of Law: The Judicial Organization in Switzerland. *Revista Catalana De Dret Public*, n.º 36, p. 283-317.

BON, P. 2004. The national or the constitutional identity, a new legal notion. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol.º 34, n.º 100, p. 167-188.

BORGES, D. 2011. *A eficácia horizontal das disposições das directivas comunitárias : uma visão jurisprudencial*. (Tese de Mestrado) Porto: Universidade Lusíada do Porto, Faculdade de Direito

BÖRZEL, T. & HOSLI, M. 2003. Brussels between Bern and Berlin: Comparative Federalism Meets the European Union. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 16, n.º 2, p. 179-202.

BICKERTON, C. HODSON, D. & PUETTER, U. 2014. The new intergovernmentalism: European Integration in the post-Maastricht era. *JMCS: Journal of Common Market Studies*. Vol. 53, n.º 4, p. 703-722.

BILANCIA, P. 2012. *The Dynamics of the EU Integration and the Impact of the National Constitutional Law – The European Union After The Lisbon Treaties*, Milano: Giuffrè Editore.

BRIFFAULT, R. 1996. Paradoxes of Federalism: Ingolf Pernice's "Harmonization of Legislation in Federal Systems: Constitutional Federal and Subsidiarity Aspects" - Comments. In PERNICE, I. (Ed.), *Harmonization of Legislation in Federal Systems*, Vol. 1. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 47-55.

BRITO, M.H. 2002. Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: Desenvolvimentos recentes em direito português. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 301-318.

BRITO, W. 2008. *Direito Internacional Público*. Coimbra: Coimbra Editora.

BROWNLIE, I. 1994. *Principles of Public International Law* (4 ed.). Oxford: Oxford University Press.

BURGESS, M. 1996. Introduction: Federalism and Building the European Union. *Publius: The Journal of Federalism*. Vol 26, n.º 4, p. 1-13

BURGESS, M. 2000. *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*. London: Routledge.

BURGESS, M. 2006. *Comparative Federalism: Theory and practice*. London: Routledge.

BUßJÄGER, P. 2013. Very Small Worlds: The Austrian Länder as Constituent Units of the Austrian Federation. *L'Europe en Formation*, Vol. 369, n.º 3, p. 71-85.

CAETANO, M., & AMARAL, F. 2013. *Manual de Direito Administrativo* (10 ed.). Vol. II, Coimbra: Almedina.

CAMPOS, J.M. 1994. *Direito Comunitário*, Vol. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CAMPOS, J.M., & CAMPOS, J.L.M. 2010. *Manual de Direito Europeu* (6 ed.). Lisboa: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J.G. 1974. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina.

CANOTILHO, J.J.G. 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7 ed.). Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. 1991. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. 2014. *Constituição da República Portuguesa – Anotada I – Artigos 1.º a 107.º*. Coimbra: Coimbra Editora.

CARANTA, R. 1993. Governmental Liability after Francovich. *Cambridge Law Journal*. Vol. 52, p. 272-297.

CARIAS, A. R. B. 2012. *El Control de Convencionalidad, com particular referència à la garantia del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos*. Paper presented at the El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica. Disponível [em linha]: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2012/09/1107-1-1055-EL-CONTROL-DE-CONVENCIONALIDAD-por-la-Corte-IDH-Y-AMPARO-18-sept.-2012.doc.pdf>

CARREAU, D. 1978. Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Vol. 14, n.º 3, p. 381-418.

CARTABIA, M. 1990. The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Community. *Michigan Journal of International Law*. Vol 12, n.º 1, p. 173-203.

CASTRO, B. 2016. *As Sentenças Intermédias na Ordem Constitucional Nacional: Análise da sua Legitimidade à Luz do Princípio da Separação de Poderes*. Coimbra: Almedina.

CAULET, F. 2012. Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Vol. 48, n.º 03, p. 594-529.

CHEMERINSKY, E. 2015. *Constitutional Law: Principles and Policies* (5 ed.). New York: Wolters Kluwer.

CHICHOWSKI, R. A. 2004. Women's Rights, the Constitutional Court and Supranational Constitutionalism. *Law and Society Review*, n.º 38, p. 489-512.

CIONGARU, E. 2010 – Direct Applicability of European Union Law, *Annals Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Sciences Sereies 2010*, n.º 4, p. 181-200

CLAES, M. 2006. *The national courts' mandate in the European Constitution*: Oxford ; Portland : Hart Publishing.

CLAES, M. 2007. The Europeanisation of National Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the Background of the Constitutional Experience of the EU-15. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol 3. p. 1-38.

CLAES, M. & DE VISSER, M. 2012 – The Court of Justice as a Federal Constitutional Court: A Comparative Perspective. In CLOOTS, E., DE BAERE, G. & SOTTIAUX, S. *Federalism in the European Union*, Oxford: Hart Publishing, p. 83-107.

CLOSA, C. 2005. Deliberative Constitutional Politics and the Turn Towards a Norms-Based Legitimacy of the EU Constitution. *European Law Journal*, Vol 11, n.º 4, p. 411-431

COPPEL, J. 1994. Rights, Duties and the End of Marshall. *The Modern Law Review*, Vol. 57, n.º 6, p. 859-879.

CORREIA, M.L.A.P. 1998. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora.

CORREIA, J.M., & PINTO, R.L. 2018. *Lições de Ciência Política e Direito Constitucional: Eleições, Referendo Partidos Políticos e Sistemas Constitucionais Comparados*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora.

CRAIG, P. 1992. Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol 12, n.º 4, p. 453-479.

CRAIG, P., & DE BURKA, G. 2015. *EU Law: Text, cases and materials* (6 ed.). Oxford: Oxford University Press.

CREMONA, M. 2013. *The Judgement - Framing the Argument*. Paper presented at the 50ème Anniversaire de L'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013, Luxembourg, p. 23-28.

CROSS, R., & HARRIS, J. W. 1991. *Precedent in English Law* (4 ed.). Oxford: Oxford University Press.

CUNHA, P. P. 2000. Os impulsos federais na construção europeia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLI, n.º 1, p. 7-15.

CUNHA, P. P. 2002. A Via Federal. In CUNHA, P. P. (Ed.), *A União Europeia e Portugal: A Actualidade e o Futuro – Curso de Verão de Direito Comunitário e Direito da Integração*. Lisboa: Almedina, p. 145-155.

CURTIN, D. 1992. The Decentralised Enforcement for Community Law Rights: Judicial Snakes and Ladders. In CURTIN, D. O'HIGGINS, T. F. & O'KEEFFE, D. (Eds.), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law: Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*. Dublin: Butterworth, p. 33-49.

CURTIN, D. 1993. The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces. *Common Market Law Review*, Vol. 30, n.º 1, p. 17-69.

CURTIN, D., & MORTELMANS, K. 1994. Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script. In CURTIN, D. & HEUKELS, T. (Eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II. Boston: Dordrecht, p. 423-466.

DANTONEL-COR, N. 1995. La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol, 31, n.º 3, p. 471-517.

DASHWOOD A. 1977. The Principle of Direct Effect in European Community Law. *Journal of Common Market Studies*. Vol. 16, n.º 3, p. 229-245.

DASHWOOD A. 2007. From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 9, p. 81-109.

DAVIES, B. 2017. Internationale Handelsgesellschaft and the Miscalculation at the inception of the ECJ's Human Rights Jurisprudence. In NICOLA, F. & DAVIES, B. (Eds.), *EU Law Stories – Contextual and Critical Histories of European jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 157-177.

DE MOL, M. 2011. The Novel Approach of the CJEU on the Horizontal Direct Effect of the EU Principle of Non-Discrimination: (Unbridled) Expansionism of EU Law? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 18, n.º 1-2, p. 109-135.

DEHOUSSE, F. 1986. Apparences et réalités de la réforme de l'État belge. *Courrier hebdomadaire du CRISP*, Vol 33, n.º 1138, p. 1-38.

DELICOSTOPOULOS, J. S. 2003. Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems. *European Law Journal*, Vol. 9, n.º 5, p. 599-613.

DENNINGER, E. 1984. Judicial Review Revisited: The German Experience. *Tul. L. Rev.*, Vol. 59, p. 1013-1031.

DETERMAN, L., & HEINTZEN, M. 2018. Constitutional Review of Statutes in Germany and the United States Compared. *UC Hastings Research Paper*, n.º 299, p. 618-651.

DICOSOLA, M. 2007. *The Interaction between EU and National Law in Italy. The Theory of "limits" and "counter-limits"*. In *Proceedings of the Comparing Constitutional Adjudication. A Summer School on Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence*, University of Trento, Italy. Disponível [em linha] em: <http://www.jus.unitn.it/cocoa/papers/PAPERS%20nd%20PDF/Interaction/Italy-interaction.pdf>.

DINH, N. Q., DAILLIER P., FORTEAU, M., & PELLET, A. 2009. *Droit International Public* (8 ed.). Paris: Lextenso éditions.

DIXON, R., & UHLMANN, F. 2018. The Swiss Constitution and a weak-form unconstitutional amendment doctrine? *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, n.º 1, p. 54-74.

DOUGLAS-SCOTT, S. 2002. *Constitutional Law of the European Union*. Essex: Longman.

DOUGLAS-SCOTT, S. 2011. The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon. *Human Rights Law Review*. Vol 11, n.º 4, p. 645-862.

DUARTE, M. L. 1997. *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*. Lisboa: Lex

DUARTE, M. L. 2017. *União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária* Vol. I. Coimbra: Almedina.

DUARTE, M. L. 2017a. *Direito do Contencioso da União Europeia*. Lisboa: AAFDL.

DUBOUT, E. 2018. La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 54, n.º 3, p. 563-584.

DUBOUT, E. 2021. *Droit constitutionnel de l'Union européenne*. Bruxelles : Bruylant

DULITZKY, A. 2015a. An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine. *AJIL Unbound*, Vol. 109, p. 100-108.

DULITZKY, A. 2015b. An Inter-American Constitutional Court? the Invention of the Conventionally Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Vol 50, n.° 1, p. 45-93.

EBERS, M. 2010. Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata: From Océano to Asturcom. *European Review of Private Law*. Vol. 18, n.° 4, p. 823-846.

EDWARD, D. 1998. Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations. In *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini - Diritto dell'Unione europea*. Vol. 2: Fiuffrè Editore, p. 423-443

EGEBERG, M. 2011. How federal? The organizational dimension of integration in the EU (and elsewhere). *Journal of European Public Policy*, Vol. 8, n.° 5, p. 728-746.

ENGSTRÖM, J. 2008. National Courts' Obligation to Apply Community Law Ex Officio – The Court Showing new Respect for Party Autonomy and National Procedural Autonomy? *Review of European Administrative Law*. Vol I, n.°1, p. 67-89

ELEFThERIADIS, P. 1996. The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues. *Yearbook of European Law*, Vol. 16, n.° 1, p. 205-221.

ERK, J. 2004. Austria: A Federation without Federalism. *Publius*, Vol 34, n.° 1, p. 1-20.

ESPOSITO, F. & LEVRAT, N. 2010. *Europe de l'Intégration à la Federation*. Bruxelles : Academia Bruylant.

FABRINNI, S. 2005. European Federalism – Past Resilience, present problems. In Fabrinni S. (Ed.), *Democracy and Federalism in the European Union and the United States – Exploring post-national governance*. London : Routledge, p. 3-24

FABRINNI, S. & SICURELLI, D. 2004. The federalization of the EU, the US and 'compound republic' theory : the convention's debate. *Regional and Federal Studies*, Vol. 14, n.° 2, p. 232-254.

FABRINNI, S. 2018. The Principle of Subsidiarity. In SCHÜTZE, R. & TRIDIMAS, T. *Oxford Principles of European Union Law – The European Union Legal Order*, Vol I. Oxford: Oxford University Press.

FINCK, D. E. 1997. Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court. *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 20, n.° 1, p. 123-157.

FISHER, S. 1992. The Direct Effect of Secondary Legislation in European Community Law. *Queensland University of Technology Law Journal*. Vol 8, p. 1-34.

FLEINER, T. 2002. Recent Developments of Swiss Federalism. *Publius*, Vol. 32, n.º 2, p. 97-123.

FOSSUM, J.E. & JACHTENFUCHS, M. 2017. Federal challenges and challenges to federalism. Insights from the EU and federal states. *Journal of European Public Policy*, Vol. 24, n.º 4, p. 467-485.

FRIEDRICH, C. J. 1928. The Issue of Judicial Review in Germany. *Political Science Quarterly*, Vol. 43, n.º 2, p. 188-200.

GALETTA, D.-U. 2010. *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? - A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of EU Member States*. New York: Springer.

GALLO, D. 2019. Challenging EU constitutional law: The Italian constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure. *European Law Journal*. Vol 25, n.º 4, p. 1-23.

GARDBAUM, S. 2014. Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale?). *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, n.º 3, p. 613-639.

GARRETT, G., KELEMEN, R. & SCHULZ, H. 1998. The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union. *International Organization*. Vol. 52, n.º 1, p. 149-176.

GLENN, H. P. 2001. La Cour Suprême du Canada et la Tradition du Droit Civil. *La Revue du Barreau Canadien*, Vol. 80, n.º 1-2, p. 151-170.

GOBBER, G., & PALMIERI, R. 2014. Argumentation in institutional founding documents. The case of Switzerland's "Foedus Pactum". In *Language, reason and education. Studies in honour of Eddo Rigotti*. New York: Peter Lang, p. 149-168.

GOMES, J.L.C. 2009. *Lições de Direito da União Europeia*. Lisboa: Almedina

GOMES, J.L.C. 2006. *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário: O Exercício da Autoridade Jurisdicional Nacional na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia*. Coimbra: Almedina.

GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, P. 2018. *The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*. Vol. 11. Cambridge: Intersentia.

GORJÃO-HENRIQUES, M. 2019. *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência* (9 ed.). Coimbra: Almedina.

GOUDAPPEL, F. 2002. Switzerland: From Confederation to Federalism Through Flexibility. In A. Schrauwen (Ed.), *Flexibility in Constitutions: Forms of closer cooperation in federal and non-federal settings; post Nice edition*. Groningen: Europa Law Publishing, p. 25-30.

GREEN, N., & BARAV, A. 1986. Damages in the National Courts for Breach of Community Law. *Yearbook of European Law*, Vol. 6, n.º 1, p. 55-119.

GROTE, R. 2017. Constitutional Courts in Federal States: The case of Germany. *Federalisme Régionalisme, 17 - Les juridictions constitutionnelles suprêmes dans les États fédéraux: créatures et créateurs de fédéralisme*. Disponível [em linha] em: <https://popups.uliege.be:443/1374-3864/index.php?id=1691>

GROSSOT, X., MINSEN, T. 2007. Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality? *European Constitutional Law Review*. Vol. 3, p. 385-417.

GUILLOUD, L. 2012. Le Droit au Juge dans l'Union Européenne. *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, n.º7. Disponível [em Linha] em: <http://www.revuedlf.com/droit-ue/le-droit-au-juge-dans-l%E2%80%99union-europeenne/>

HAINES, C. G. 1915. Judicial Review of Legislation in Canada. *Harvard Law Review*, Vol. 28, n.º 6, p. 565-588.

HAINMUELLER, J., & HANGARTNER, D. 2019. Does Direct Democracy Hurt Immigrant Minorities? Evidence from Naturalization Decisions in Switzerland. *American Journal of Political Science* (John Wiley & Sons, Inc.), Vol. 63, n.º 3, p.530-547.

HALBERSTAM, D. 2013. *Internal Legitimacy and Europe's Piecemeal Constitution: Reflections on Van Gend at 50*. 50ème Anniversaire de L'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013, Luxembourg, p. 111-116.

HANF, D. 2003. Talking with the "pouvoir constituant" in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Vol. 10, n.º 3, p. 265-290.

HARLEY, H. 1914. Ontario Courts and Procedure. *Michigan Law Review*, Vol. 12, n.º 5, p. 339-361.

HARLOW, C. 1979. *Administrative liability: a comparative study of French and English Law*. (Tese de Doutoramento). London: The London School of Economics and Political Science (LSE).

HARLOW, C. 1996. Francovich and the Problem of the Disobedient State. *European Law Journal*, Vol. 2, n.º 3, p. 199-225.

HARRINGTON, M. P. 2012. The Incoherence of Judicial Review in Canada. *Judicial Review*, Vol. 17, n.º 2.

HARTKAMP, A. 2010. The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law. *European Review of Private Law*, Vol. 18, p. 527-548.

HARTLEY, T. C. 2014. *The Foundations of European Union Law* (8 ed.). Oxford: Oxford University Press.

HAVELKA, L. 2014. Escaping the Trap: The Simplified Application of EU Law. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Zagreb: University of Zagreb. Vol. 10, p. 131-158.

HAVU, K. 2016. EU Law in Member State Courts: “Adequate Judicial Protection” and Effective Application – Ambiguities and Nonsequiturs in Guidance by the Court of Justice? *Contemporary Readings in Law & Social Justice*, Vol 8, n.º 1, p. 158-187.

HENAULT, F., & TAILLON, P. 2014. Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. 29, p. 25-34.

HESSE, K. 1998 (1995). *Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)* (HECK, L. A., Tradução da 20 ed.). Porto Alegre (Heidelberg): Sérgio Antônio Fabris Editor (C.F. Müller Verlag).

HILDELANG, S. 2013. The Autonomy of the European Legal Order – EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investment-Related Agreements. In BUNGENBERG, M. & HERRMANN, C. (Eds.), *European Yearbook of International Law: Common Commercial Policy after Lisbon*. Berlin Heidelberg: Springer, p. 187-198.

HINGHOFFER-SZALKAY, S. G. 2017. The Austrian Constitutional Court: Kelsen's Creation and Federalism's Contribution? *Federalisme Régionalisme, 17 - Les juridictions constitutionnelles suprêmes dans les États fédéraux: créatures et créateurs de fédéralisme*. Disponível [em Linha] em: <https://popups.uliege.be/1374-3864/index.php?id=1671>.

HOGG, P. W., & BUSHEEL, A. A. 1997. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad thing after All). *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35, n.º 1, p.75-124.

HOSKINS, M. 1996. Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules. *European Law Review*. Vol. 21, n.º 5.

HUBER, M. 1909. The Intercantonal Law of Switzerland (Swiss Interstate Law). *The American Journal of International Law*, Vol 3, n.º 1, p. 62-98.

JANS, J. 2004. State Liability and Infringements Attributable to National Courts: A Dutch Perspective on the Köbler Case. In DE ZWAAN, J., NELISSEN, BLOCKMANS, EDs.: *The European Union: An Ongoing Process of Integration - Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*. The Hague: TMC Asser Press, p. 165-176.

JOHANSSON, J. & LINDSTRÖM, L. 2017. *Direct Effect of Directives: An Instrument for Uniformity or the Cause of Incoherence?* Örebro Universitet, Örebro.

JOLIET, R. 1983. *Le droit institutionnel des Communautés européennes : les institutions, les sources, les rapports entre ordres juridiques*: Liège Université de Liège. Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales.

KAKOURIS, C. M. 1987. La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des Etats membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes). In CAPOTORTI, C., EHLERMANN, D., FROWEIN, J., JACOBS, F., JOLIET, R., KOOPMANS, T. & KOVAR R. (Eds.), *Du Droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 319-345.

KAKOURIS, C. M. 1997. Do the Member States Possess Judicial Procedural Autonomy. *Common Market Law Review*, Vol. 34, n.º 6, p. 1389-1412.

KELSEN, H. 1984. *Teoria Pura do Direito* (BAPTISTA MACHADO, J., Tradução da 6 ed.). Coimbra: Arménio Amado - Editora.

KELSEN, H. 2005 (1961). *Teoria Geral do Direito e do Estado (General Theory of Law and State)* (L. C. Borges, Tradução). São Paulo (New York): Martins Fontes Editora (Russell and Russell Inc.).

KELSEN, H., & TRIEPEL, H. 1929. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungskaten Durch die Ordentlichen Gerichte*. Berlin: de Gruyter.

KELEMEN, R.D., EECKHOUT, P., FABRINI, F. & PECH, L. 2020. *National Courts Cannot Override CJEU Judgements – A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order*. Verfassungsblog, Berlin. Disponível [em linha] em: <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>

KETELAERE, S. 2012. *La responsabilité civile de l'Etat-législateur*. (Tese de Mestrado). Louvain : Université catholique de Louvain.

KING, P. 1982. *Federalism and Federation*: Johns Hopkins University Press.

KIRCHHOF, P. 1997. Die Wahrnehmung von Hoheitsgewalt durch Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorgane. *Humboldt Forum Recht*, n.º 2, p. 5-16.

KIRSCHHOF, P. 2009. Der europäische Staatenverbund. In VON BOGDANDY, A. & BAST, J. (Eds. *Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Heidelberg: Springer, p. 1009-4044.

KLAMERT, M. 2014. *The principle of loyalty in EU law*: Oxford University Press.

KLAMERT, M. 2017. The Autonomy of the EU (and of EU Law): Through the Kaleidoscope. *European Law Review*, Vol. 42, n.º 6, p. 815-830.

KLAMERT, M. 2019. Article 5 TEU. In KELLERBAUER, M, KLAMERT, M. & TOMKIN, J. (Eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 61-78.

KOMÁREK, J. 2005. Federal Elements in the Community Judicial System - Building Coherency in the Community Legal Order. *Common Market Law Review*. Vol. 42, n.º I, p. 9-34.

KOMÁREK, J. 2013. The Place of Constitutional Courts in the EU. *European Constitutional Law Review*, Vol. 9, n.º 3, p. 420-450.

KOSLOWSKI, R. 2011. A constructivist approach to understanding the European Union as a federal polity. *Journal of European Public Policy*, Vol. 6, n.º 4, p. 561-578.

KOTZUR, M. 2015. Charter of Fundamental Rights of the European Union. *European Union Treaties: Treaty on European Union, Treaty on the Functioning of the European Union*. In GEIGER, R., KHAN, D-E. & KOTZUR, M. (Eds.). London: Hart Publishing, p. 1063-1100.

KOVAR, R. 1999. L'identification des actes normatifs en droit communautaire. In *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*. Vol. I, Bruxelles: Bruylant, p. 387-422.

KOVAR, R. 1991a. COUR DE JUSTICE - Recours préjudiciel en Interprétation et en appréciation de validité: Effets des arrêts préjudiciels de la Cour de Justice. *Juris Classeurs*, Vol. 362.

KOVAR, R. 1991b. COUR DE JUSTICE - Recours préjudiciel en Interprétation et en appréciation de validité: Examen de la question préjudicielle par la Cour de Justice. *Juris Classeurs*, Vol. 361.

KOVAR, R. 1991c. COUR DE JUSTICE - Recours préjudiciel en Interprétation et en appréciation de validité: Mise en oeuvre du renvoi préjudiciel par les juridictions nationales. *Juris Classeurs*, Vol. 360.

KREPPEL, A. 2006. Understanding the European Parliament from a Federalist Perspective: The Legislatures of the United States and European Union Compared. In MENON, A. & SCHAIN M.A. Comparative Federalism – The European Union and the United States in Comparative Perspective. New York: Oxford University Press.

KRISCH, N. 2011. Who is afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space. *Ratio Juris*. Vol 24, n.º 4, p. 386-412

KRISLOV, EHLERMANN, & WEILER. 1986. *The political organs and the decision-making process in the United States and the European Community* Berlin: Gruyter.

KUCSKO-STADLMAYER, G. 2012. *Constitutional Review in Austria: Traditions and New Developments*. International Conference dedicated to the 20th anniversary of the Constitutional Court of Romania, Bucarest. Disponível [em Linha] em: <https://www.ccr.ro/uploads/RelatiiExterne/2012/conferinta/kucsko.pdf>

LAGASSE, C.-E. 2003. *Les nouvelles institutions politiques de la Belgique et de l'Europe* (3 ed.). Namur: Erasme.

LADI, S. 2012. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court. *Co-herencia*, Vol. 9, n.º 16, p. 273-295.

LANGER, L. 2002. *Judicial Review in State Supreme Courts – A Comparative Study*. Albany: State University of New York Press.

LAVRANOS, N. 2010. Protecting European Law from International Law. *European Foreign Affairs Review*. Vol 15, n.º 2, p. 265-282.

LAZZERINI, N. 2020. Dual Preliminality Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of The Italian Constitutional Court. *European Papers*. Vol 5, n.º 3, p. 1463-1476.

LEDERMAN W. R. 1964. *The Courts and the Canadian Constitution*. Ottawa: Carlton University Press.

LEE, I. 1999. In search of a theory of state liability in the European Union. *Jean Monnet Working Paper*. Harvard Law School. Disponível [em Linha] em: <https://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/99/990901.rtf>.

LEITÃO, A. 2012. Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública: Ilícitude e presunção de culpa. In REBELO DE SOUSA, M., OTERO, P. & QUADROS, F. (Eds.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, p. 43-60.

LENAERTS, K. & VAN NUFFEL, P. 2009. *Constitutional Law of the European Union*, London: Sweet & Maxwell

LENAERTS, K., & CORTHAUT, T. 2012. Of Birds and Hedges: The role of primacy in invoking norms of EU law. *European Law Review*, Vol. 3, n.º 31, p. 287-315.

LENAERTS, K. 2013. How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy. *Fordham International Law Journal*, Vol. 36, n.º 5, p. 1301-1371.

LENAERTS, K., MASELIS, GUTMAN, K. 2014. *EU Procedural Law*. Oxford: Oxford University Press.

LIENHARD, A., KETTIGER, D., BÜHLER, J., MÉRILLAT, L., & WINKLER, D. 2017. The Federal Supreme Court of Switzerland: Judicial balancing of Federalism without Judicial Review. In ARONEY, N. & KINCAID, J. (Eds.), *Courts in Federal Countries*. Toronto: University of Toronto Press, p. 404-439.

LIMANTE, A. 2016. Recent Developments in the Acte Clair Case Law of the EU Court of Justice: Towards a more Flexible Approach. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, n.º 6, p. 1384-1397.

LO FARO, A. 2002. Judicial Enforcement of EC Labour Law: Time limits, burden of proof, ex officio application of EC Law. *I WORKING PAPERS: Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo*. WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” n.º 3. Disponível [em linha] em: http://aei.pitt.edu/612/1/n3_lofaro.pdf.

LOPES, J.R. 2014. Uma particular questão de direito processual : o princípio da inalterabilidade do caso julgado e a violação do direito da União. *UNIO – EU LAW JOURNAL*. n.º 0 (edição inaugural), p. 100-112.

LOUIS, J. V., VANDERSANDEN, G., WAELBROECK, D., & WAELBROECK, M. 1993. Les actes des institutions - Article 177°. *Commentaire Megret - Le Droit de CEE, 10 - La Cour de Justice*.

MALANCZUK, P., & AKEHURST, M. 2002. *Akehurst's modern introduction to international law*: Routledge.

MACHADO, J. 2018. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Gestlegal.

MADURO, M.P. 1998 *We the Court*. London: Hart Publishing.

MADURO, M.P. 2012. The Claims of Constitutional Pluralism. In AVBELJ M. & KOMAREK. J (Eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart Publishing, p. 67-84.

MARQUES, F. P. 2008. *A exceção de ilegalidade no Contencioso da União Europeia*. Lisboa: AAFDL.

MARTI, G. 2011. *Le pouvoir constituant européen*. Bruxelles: Bruylant.

MARTINICO, G. 2012a. Multiple loyalties and dual preliminary: The pains of being a judge in a multilevel legal order. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, n.º 3, p. 871-896.

MARTINICO, G. 2012b. The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: On Complexity as a Constitutional Theory of the EU. *Yearbook of European Law*, Vol. 31, n.º 1, p. 198-226.

MARTINICO, G. 2013. *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process – The frustrating knot of Europe*. London: Routledge.

MARTINES, F. 2014. Direct Effect of International Agreements of the European Union. *The European Journal of International Law*. Vol 25, n.º 1, p. 129-147.

MARTINS, A. M. G. 2018. *Manual de Direito da União Europeia* (2 ed.). Coimbra: Almedina.

MARTINS, M.S.D'Ó. 2003. *O Princípio da Subsidiariedade em Perspectiva Jurídico-Política*. Lisboa: Coimbra Editora.

MARTINS, M. S.D'Ó 2018. *A União Europeia: O Direito e a Atividade*. Coimbra: Quid Juris.

MARTINS, P. F. 2006. *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros*. Lisboa : Principia.

MASSON, A., & NIHOUL, P. 2011. *Droit de l'Union européenne. Droit institutionnel et droit matériel - Théorie, exercices et éléments de méthodologie* (3 ed.). Bruxelles: Larcier.

MATTLI, W., & SLAUGHTER, A. M. 1998. The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints. In SLAUGHTER, A. M., STONE SWEET, A. & WEILER, J. H. H. (Eds.), *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*. Oxford: Hart Publishing, p. 253-276.

MAYER, F. C. 2009. Multilevel Constitutional Jurisdiction. In VON BOGDANDY, A. & BAST, J. (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*. Portland: Hart Publishing, p. 399-439.

MAYER, F. C. 2011. Art. 19 EUV. In GRABIZ, E., HILF, M. & NETTERSHEIM, M. (Eds), *Das Recht der Europäischen Union*. Munich: Beck.

MAYER, F. C. 2020. To Boldly Go Where No Court Has Gone Before. The German Federal Constitutional Court's ultra vires Decision of May 5, 2020. *German Law Journal*. Vol 21, n.º 5, p. 1116-1127.

MENÉNDEZ, A. 2002. Chartering Europe: Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Journal of Common Market Studies*. Vol. 40, n.º 3, p. 471-90.

MESQUITA, M.J.R. 1997. *Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias Proferidos no Âmbito de uma Acção por Incumprimento*. Coimbra: Almedina.

MESQUITA, M.J.R. 2019. União Europeia e incumprimento estadual: novos rumos? *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Coimbra: Almedina, p. 659-715.

MIRANDA, J., & MEDEIROS, R. 2010. *Constituição Portuguesa – Anotada* (2 ed.). Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

MONIZ, A.R.G. 2011. *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez* (Tese de Doutoramento). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

MONIZ, C. B. 2019. Article 277. In PORTO, M. & ANASTÁCIO (Eds.), *Treaty of Lisbon – Article-by-article commentary on the European Union Treaties*. Coimbra: Almedina, p. 1103-1105.

MORAVSICK, A. 1993. Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmental Approach. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 31, n.º 4, p. 473-524.

MOREIRA, V. 2014. *“Respublica” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, V. 2016. A CRP e a União Europeia. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. I. Coimbra: Almedina, p. 869-926.

MOREIRA, V. 2016a. *Sebenta de Direito Constitucional*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Lusíada – Norte.

MOREIRA, V. 2017. A vontade dos cidadãos da União. *Estudos do Século XX*. n.º 17, p. 46-80.

MOREIRA, V., & DOMINGUES, J. 2020. *História Constitucional Portuguesa – Volume I: Constitucionalismo antes da Constituição (Sécs. XII-XIX)*. Lisboa: Assembleia da República – Divisão de Edições.

MOUSSIS, N. 2015. *Access to the European Union: Law, Economics, Policies* (21st ed.). Antwerp: Intersentia.

MULLER, E. 2015. Le juge national est-il compétent pur moduler dans le temp une annulation prononcée pour méconnaissance du droit de l'Union? *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 04, n.º 12, p. 856.

NEBBIA, P. 2008. Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case. *European Law Review*. Vol. 33, n.º 3, p. 33-37.

NGUYEN, T. 2021. *A Matter of Principle – The Commission’s Decision to Bring an Infringement Procedure against Germany*. Verfassungsblog, Berlin. Disponível [em linha] em: <https://verfassungsblog.de/a-matter-of-principle/>

ÖBERG, M. 2020. *The Boundaries of the EU Internal Market – Participation without Membership*. Cambridge: Cambridge University Press.

OLIVEIRA, A.M 2019. O Acórdão Pizzarotti: Caso Julgado vs Primado do Direito Europeu. *Revista da AGU*, Vol. 18, n.º 1, p. 67-106.

PACHECO, M.F.C.T.M. 2017. O Reenvio Prejudicial enquanto instrumento de sensibilização dos juízes nacionais no quadro de proteção dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Actual*. Vol. Extraordinário, n.º 5, p. 349-363.

PAIS, S.O. 2018. *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma Abordagem jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.

PALERMO, F., & GAMPER, A. 2008. The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review. *Journal of Comparative Law*, Vol 3, n.º 2, p. 64-79.

PARIS, D. 2015. Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU: European Court of Justice (Fifth Chamber), Judgment of 11 September 2014, Case C-112/13, A v B and others. *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, n.º 2, p. 389-407.

PARIS, D. 2018. Limiting the “Counter-Limits”: National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law. *Italian Journal of Public Law*. Vol 10, n.º 2, p. 205-225.

PAÚL, Á. 2019. The Emergence of a More Conventional Reading of the Conventionality Control Doctrine. *Revue Générale de Droit*, Vol 49, p. 275-302.

PAULSON, S. L. 2003. Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings. *Ratio Juris*, Vol. 16, n.º 2, p. 223-239.

PEETERS, P., & MOSSELMANS, J. 2017. The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions. In ARONEY N. & KINCAID J. (Eds.), *Courts in Federal Countries*. Toronto: University of Toronto Press. p. 69-102

PEREIRA, A. G., & QUADROS, F. 2005. *Manual de Direito Internacional Publico*. Coimbra: Almedina.

PERNICE, I. 2015. Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, p. 541-562.

PESCATORE, P. 1981. Aspects judiciaires de l’acquis communautaire. *Revue trimestrielle de droit européen*. Vol 17, n.º 4, p. 617-651.

PESCATORE, P. 2003 *Interview with Pierre Pescatore: the Judges duty to come to judgement and the development of case-law/Interviewer: F. Fabert*. CVCE, Luxembourg. Disponível [em Linha] em: https://www.cvce.eu/en/obj/interview_de_pierre_pescatore_la_fonction_du_juge_de_dire_le_droit_et_l_evolution_de_la_jurisprudence_luxembourg_12_novembre_2003-fr-2575aa2d-21b1-4acf-a3d4-eb88505060a9.html.

PESCATORE, P. 2005. *Le droit de l’integration. Émergence d’un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l’expérience des Communautés européennes*, Bruxelles: Bruylant.

PESCATORE, P. 2010. Van Gend en Loos, 3 February 1963 - A View from Within. In MADURO P. & AZOULAI, L. (Eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*. Oxford: Hart Publishing., p. 3-8.

PESCATORE, P. 2015. The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law. *European Law Review* Vol. 40, n.º 2, p. 135-153.

PECH, L. 2008. *The European Union and its Constitution – From Rome to Lisbon*, Dublin: Clarus Press.

PECH, L. 2010. ‘A Union founded on the Rule of Law’: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law. *European Constitutional Law Review*. Vol 6, p. 359-396.

PERÉZ, L. 2012. *Constitución y ordenamientos supranacionales: Las Constituciones de entonces ya no son las mismas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PINDER, J. 2007. Multinational Federations: Introduction. In Burgess, M. & Pinder J., *Multinational Federations*. London: Routledge, p. 1-16.

PIRES, F.L. 1997. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina.

POLLICINO, O. 2010. The New Relationship between National and the European Courts after the Enlargement of Europe: Towards a Unitary Theory of Jurisprudential Supranational Law? *Yearbook of European Law*, Vol. 29, n.º 1, p. 65-111.

POLLICINO & REPETTO. 2019. *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*. Verfassungsblog, Berlin. Disponível [em linha] em: <https://verfassungsblog.de/not-to-be-pushed-aside-the-italian-constitutional-court-and-the-european-court-of-justice/>.

POPOVICI, A. 2009. Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit. *McGill Law Journal*, Vol. 54, n.º 2, p. 223-236.

PRECHAL, S. 2006. National Courts in EU Judicial Structures. *Yearbook of European Law*, Vol. 25, n.º 1, p. 429-450.

PROENÇA, C. C. (2017). *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia - Dimensões Teóricas e Práticas*. Vila Franca de Xira: Petrony.

QUADROS, F. 1993. Incumprimento (em Direito Comunitário). In FERNANDES, J.P. (Ed.). *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Vol V. Coimbra: Coimbra Editora, p. 204-212.

QUADROS, F. 1995. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

- QUADROS, F. 2013. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- QUADROS, F. 2019. Article 5. In PORTO, M. & ANASTÁCIO, G. (Eds.), *Treaty of Lisbon – Article-by-article commentary on the European Union Treaties*. Coimbra: Almedina, p. 34-36.
- QUADROS, I. 2006. *A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Coimbra: Almedina.
- QUEIROZ, C. 2009. *Direito Constitucional, As instituições do Estado democrático e constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAUCHEGGER, C. 2018. National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S. *Common Market Law Review*, Vol. 55, n.º 5, p. 1521-1548.
- RAMOPOULOS, T. 2019 – Article 29 TEU. In KELLERBAUER, M, KLAMERT, M. & TOMKIN, J. (Eds.). *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 236-239.
- RAMOS, A.C. 2016. Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista IIDH*, Vol. 64, p. 11-32.
- RAMOS, R.M. 2002. O Tratado de Nice e a Reforma do Sistema Jurisdicional Comunitário. *Temas de Integração*. 2.º Semestre de 2001, n.º 12 e 13, p. 77-104.
- RAMOS, R.M. 2020. As relações entre o Direito da União e o Direito Internacional perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Breves considerações sobre os acórdãos das instâncias jurisdicionais da União Europeia no caso Frente Polisário. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. 96, n.º 1, p. 385-419.
- REESTMAN, J. H. 2005. Primacy of Union Law: Articles Draft Convention I-10. *European Constitutional Law Review*, Vol. 1, n.º 1, p. 104-107.
- REH, C. 2009. The Lisbon Treaty: De-Constitutionalizing the European Union?. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 47, n.º 3, p. 625-650.
- REMILLARD, G. 1983. *Le federalisme canadien*, Vol. 1. Montreal, Quebec: Quebec/Amerique.
- RIEKMANN S. P. 2007. The Cocoon of Power: Democratic Implications of Interinstitutional Agreements. *European Law Journal*. Vol 13, n.º 1, p. 4-19.
- RIETIKER D. 2010. The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with

Public International Law – No Need for the Concept of Treaty Sui Generis. *Nordic Journal of International Law*, Vol. 79, n.º 2, p. 245-277.

RIBEIRO, M. C. 1996. *Da Responsabilidade do Estado pela Violação do Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina.

RISSE, T., & BÖRZEL, T. A. 2008. The European Union as an Emerging Federal System. Jean Monnet Center - NYU School of Law, New York. Disponível [em Linha] em: <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/00/00f0101.html>.

ROSOUX, G. 2013. La Cour constitutionnelle de Belgique. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Vol. 41, n.º 4, p. 201-214.

RUBIN, A.B. 1979. Judicial Review in the United States. *Louisiana Law Review*. Vol. 40, n.º 1, p. 67-82.

SCHMIDT, V. A. 1999. European "Federalism" and Its Encroachments on National Institutions. *Publius*, Vol. 29, n.º 1, p. 19-44.

SCHMIDT-ABMAN, E. 2006. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. In BARNÉS (Ed.). *Innovación y reforma em el derecho administrativo*. Sevilla: Global Law Press, p. 15-132.

SCHUTTER, O. 2017. *Infringement Proceedings as a Tool for the Enforcement of Fundamental Rights in the European Union*. Open Society European Policy Institute, Brussels. Disponível [Em Linha] em: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/infringement-proceedings-tool-enforcement-fundamental-rights-european-union>.

SCHÜTZE, R.. 2006. Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community pre-emption. *Common Market Law Review*, n.º 43, p. 1023-1048.

SCHÜTZE, R. 2012. *European Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

SCHWARZE, J. 2002. Judicial Review in EC Law: Some Reflections on the Origins and the Actual Legal Situation. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, n.º 1), p. 17-33.

SCOTT, F. R. 1977. Areas of Conflict in the Field of Public Law and Policy. In *Essays on the Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, p. 302-324.

SENKOVIC, P. 2000. *L'évolution de la responsabilité de l'État législateur sous l'influence du droit communautaire*. Bruxelles: Bruylant.

SHELDON, C.H. 1987. Judicial Review and the Supreme Court of Washington, 1890-1986. *Publius*. Vol 17, n.º 1, p. 69-90.

SIEDENTOPF, H. & SPEER, B. 2003. The European Administrative Space from a German Administrative Science Perspective. *International Review of Administrative Sciences*. Vol 68, n.º 1, p. 9-28.

SILVEIRA, A. 2007. *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos – Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*. Coimbra: Almedina.

SILVEIRA, A. 2011. *Princípios de Direito da União Europeia: Doutrina e Jurisprudência* (2 ed.). Lisboa: Quid Juris.

SLAUGHTER, A. M., & BURKE-WHITE, W. 2002. An International Constitutional Moment. *Harv. Int'l LJ*, Vol 43, n.º 1, p. 1-21.

SLAUGHTER, A. M., & BURKE-WHITE, W. 2006. The future of international law is domestic (or, the European way of law). *Harv. Int'l LJ*, Vol. 47, n.º 2, p. 327-352.

SMILEY, D.V. 1980. *Canada in question: Federalism in the eighties*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson.

SMITH, J. 1983. The Origins of Judicial Review in Canada. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 16, n.º 1, p. 115-134.

SMITH, M. 2019. Staring into the abyss: A crisis on the rule of law in the EU. *European Law Journal*. Vol. 25, p. 561-576.

SNYDER, F. 1995. The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. *The Modern Law Review*, Vol. 56, n.º 1, p. 19-54.

SOUSA, E.O. 2012. *IVS CVRIAE - Os Efeitos dos Acórdãos Interpretativos do Tribunal de Justiça da União Europeia*. (Tese de Mestrado). Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

SOUSA, E.O. 2017. A prática do Distinguo e do Overruling na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. *Temas de Integração, 1.º Semestre de 2017*, n.º 37.

STEIN, E. 1979. Treaty-Based Federalism, A.D. 1979: A Gloss on Covey T. Oliver at the Hague Academy. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol, 127, n.º 4, p. 897-908.

STRAYER, B. L. 1968. *Judicial review of legislation in Canada / B.L. Strayer*. Toronto: University of Toronto Press.

STROZZI, G. e MASTROIANNI, R. 2011. *Diritto Dell'Unione Europea - Parte Istituzionale*. (5 ed.) Torino: G. Giappichelli Editore.

- ŠUŠNJAR, D. 2010. *Proportionality, fundamental rights and balance of powers*: Brill.
- SWEET, A.S., & BRUNELL, T. L. 1998. The European Court and the national courts: a statistical analysis of preliminary references, 1961–95. *Journal of European Public Policy*, Vol. 5, n.º 1, p. 66-97.
- SWEET, A.S. 2003. Why Europe rejected American judicial review-and why it may not matter. *Mich. L. Rev.*, Vol. 101, n.º 8, p. 2744-2780.
- SWEET, A.S. 2005. European Integration and the Legal System [Working Paper]. *Institut für Höhere Studien/Institute for Advanced Studies Political Science Series*, n.º 101. Disponível [em Linha] em: http://aei.pitt.edu/3006/1/pw_101.pdf.
- SZUDOCZKY, R. 2013. *The Sources of EU law and their relationships: Lessons for the field of taxation*. (Tese de Doutoramento). Amsterdam: Faculty of Law/Amsterdam Center for Tax Law, Universiteit van Amsterdam.
- TALLBERG, J. 2000. Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability. *Journal of European Public Policy*. Vol. 7, n.º 1, p. 104-121.
- TAYLOR, M. J. C. 2003. “A More Perfect Union”: *Ableman v. Booth* and the Culmination of Federal Sovereignty. Vol. 28, n.º 2, p. 101-115.
- TELLES, M.G. 2005. O Artigo 8º, nº4 da Constituição Portuguesa e o Direito da União Europeia.
- TEMPLE LANG, J. 1997 – The Duties of National Courts under Community Constitutional Law. *European Law Review*, Vol. 22, n.º 3, p. 3-18.
- TETLEY, W. 2003. Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language (South Africa, Israel and Québec/Canada). *Tul. L. Rev.*, Vol 78, p. 175-218.
- THYM, D. 2009. In the name of sovereign statehood: A critical introduction to the Lisbon judgement of the German Constitutional Court. *Common Market Law Review*. Vol. 46, n.º 6, p. 1795-1822.
- TIZZANO, A., CRUZ VILAÇA J., GORJÃO-HENRIQUES, M. 2003. *Código da União Europeia*. (3 ed.). Coimbra: Almedina.
- TREMBLAY, L. B. 2004. *Marbury v. Madison* and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice. *George Washington International Law Review*, Vol. 34, p. 515-541.
- TRIBE, L. H. 2000. *American Constitutional Law* (3 ed.). New York: Foundation Press.
- TRSTENJAK, V. & BEYSEN, E. 2012. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung. *Europarecht*. Vol 47, n.º 3, p. 265-284.

VAN DER MEERSCH, W. J. G. 1979. Réflexions sur l'application directe du droit des Communautés européennes dans l'ordre juridique interne des États membres. *Bulletion de la classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 462.

VAN GERVEN, W. 2000. Of rights, remedies and procedures. *Common Market Law Review*, Vol. 37, n.º 3, p. 501-536.

VAN GERVEN, W. 2009. Wanted: More Democratic Legitimacy for the European Union. In WOUTERS, J., VERHEY, L. & KIIVER, P. (Eds.). *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Intersentia: Antwerp, p. 147-181.

VANDERSANDEN, G., & BARAV, A. 1977. *Contentieux Communautaire*. Bruxelles: Bruylant.

VARGA, Z. 2021. *Guide pratique du contentieux européen devant les juridictions nationales*. Bruxelles: Bruylant.

VECCHIO, F. 2015. *Primacía del Derecho Europeu y salvaguarda de las identidades constitucionales: Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*. Madrid: Agencia Estatal Boltín Oficial del Estado.

VERDUN, A. 2016. The Federal Features of the EU : Lessons from Canada. *Politics and Governance*, Vol. 4, n.º 3, p. 100-110.

VISSER, M. 2014. *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*. Oxford: Hart Publishing. Disponível [em Linha] em: <https://www.bloomsburyprofessional.com/uk/constitutional-review-in-europe-9781782252450/>

VON BOGDANDY, A. 2010. Founding Principles of EU Law : A Theoretical and Doctrinal Sketch. *European Law Journal*. Vol. 16, n.º 2, p. 95-111.

VOßKUHLE, A. 2010. Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund. *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, n.º 2, p. 175-198.

WALTON, F. P. 1913. The Legal System of Quebec. *Columbia Law Review*, Vol. 13, n.º 3, p. 213-231.

WATSON, D. K. 1915. *Invalid legislation: The power of the federal judiciary to declare legislation invalid which conflicts with the federal constitution*. Washington: Library of Congress.

WATTS, R.L. 1988. *Executive federalism: A comparative analysis*. Kingston, Ontario: Institute of Intergovernmental Relations.

WATTS, R.L. 1989. *Comparing federal systems*. (2 ed). Kingston, Ontario: Institute of Intergovernmental Relations.

WEILER, J.H.H. 1995. Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision. *European Law Journal*. Vol 1, n.º 3, p. 219-258.

WEILER, J. H. H. 2001. Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg. In NICOLAIDIS, K. & HOWSE, R. (Eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*. Oxford: Oxford University Press, p. 54-70.

WEILER, P. C. 1973. The Supreme Court of Canada and Canadian Federalism. *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 11, n.º 2, p. 225-251.

WENDEHORST, C. 2010. Case C-509/07 – Luigi Scarpelli v NEOS Banca SpA. In *European Review of Contract Law*, Vol. 6, n.º 1, p. 66-73

WENDEL, M. 2020. Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception. *German Law Review*. Vol 21, n.º 5, p. 979-994.

WILL, G. 2010. A law Arizona can live with. Disponível [em Linha] em: <https://www.ocreger.com/2010/04/27/george-will-a-law-arizona-can-live-with/>

WINTER, J. A. 1972. Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law. *Common Market Law Review*, Vol. 9, n.º 4, p. 425-438.

ZIEGLER, K.S. 2016. The Relationship between EU Law and International Law. In PATTERSON, D. & SÖDERSTEN, A. (Eds.). *A Companion to European Union Law and International Law*. New York: Wiley, p. 42-61.

ZINIEL, T. 2014. Strengthening the Judicial Review System in Austria. In *ICL Journal*, Vol. 8, n.º 4, p. 437-444.

Jurisprudência

1. Tribunal de Justiça da União Europeia

A v. B, Proc. n.º C-112/13. Acórdão de 11 de setembro de 2014. ECLI:EU:C:2014:2195, Col. Jur. Digital.

AETR, Proc. n.º 22/70. Acórdão de 31 de março de 1971. ECLI:EU:C:1971:32, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1971 p. 00069.

Andersson, Proc. n.º C-321/97. Acórdão de 15 de junho de 1999. ECLI:EU:C:1999:307, Col. Jur. 1999 p. I-03551.

ASBL (Conclusões da Advogada Geral Stix-Hackl). Proc. n.º C-459/99. Conclusões de 13 de setembro de 2001. ECLI:EU:C:2001:446, Col. Jur. 2002 p. I-06591.

ATRAL. Proc. n.º C-14/02. Acórdão de 8 de maio de 2003. ECLI:EU:C:2003:265, Col. Jur. 2003 p. I-04431.

Arcelor (Conclusões de Advogado-Geral Póiares MADURO), Proc. C-127/07. Conclusões de 21 de maio de 2008. ECLI:EU:C:2008:292, Col. Jur. 2008 p. I-09895.

Audiolux, Proc. n.º C-101/08. Acórdão de 15 de outubro de 2009. ECLI:EU:C:2009:626, Col. Jur. 2009 p. I-09823.

Asteris AE, Proc. n.º 97/86, 193/86, 99/86 e 215/86. Acórdão de 26 de abril de 1988. ECLI:EU:C:1988:199, Col. Jur. 1988 p. 02181.

Banco Europeu de Investimento, Proc. C-15/00. Acórdão de 10 de julho de 2003. ECLI:EU:C:2003:396, Col. Jur. 2003 p. I-07281.

Baumbast (Conclusões do Advogado-Geral GEELHOED), Proc. C-413/99. Conclusões de 5 de julho de 2001. ECLI:EU:C:2001:385, Col. Jur. 2002 p. I-07091.

Bayerische Hypotheken, Proc. n.º C-45/96. Acórdão de 17 de março de 1998. ECLI:EU:C:1998:111, Col. Jur. 1998 p. I-01199.

Brasserie du Pêcheur/Factortame, Proc. n.º C-46/93 e C-48/93. Acórdão de 5 de março de 1996. ECLI:EU:C:1996:79, Col. Jur. 1996 p. I-01029.

Brasserie du Pêcheur/Factortame (Conclusões do Advogado-Geral TESAURO), Proc. n.º C-46/93 e C-48/93, Conclusões de 28 de novembro de 1995, ECLI:EU:C:1995:407, Col. Jur. 1996 p. I-01067.

Brasserie du Pecheur/Factortame (Relatório para a Audiência), Proc. n.º C-46/93 e C-48/93. Acórdão de 5 de março de 1996. ECLI:EU:C:1996:79, Col. Jur. 1996 p. I-01034.

Carpenter (Conclusões da Advogada Geral Stix-Hackl), Proc. n.º C-60/00. Conclusões de 13 de setembro de 2001. ECLI:EU:C:2001:447, Col. Jur. 2002 p. I-06279.

Cartesio, Proc. n.º C-210. Acórdão de 16 de dezembro de 2008. ECLI:EU:C:2008:723, Col. Jur. 2008 p. I-09641.

CILFIT, Proc. n.º C-283/81. Acórdão de 6 de outubro de 1982. ECLI:EU:C:1982:335, Col. Jur. 1982 p. 03415.

Comet, Proc. n.º 45-76. Acórdão de 16 de dezembro de 1976. ECLI:EU:C:1976:191, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1976 p. 00835.

Comissão v. Reino da Bélgica, Proc. n.º 77/69. Acórdão de 5 de maio de 1970, ECLI:EU:C:1970:34, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1969-1970 p. 00335.

Comissão v. Reino da Bélgica, Proc. n.º C-249/88. Acórdão de 19 de março de 91. ECLI:EU:C:1991:121, Col. Jur. 1991 p. I-01275.

Comissão v. Reino da Suécia, Proc. C-249/06. Acórdão de 3 de março de 2009. ECLI:EU:C:2009:119. Col. Jur. 2009 p. I-01335.

Comissão v. República da Áustria. Proc. n.º C-205/06. Acórdão de 3 de março de 2009. ECLI:EU:C:2009:118, Col. Jur. 2009 p. I-01301.

Comissão v. República Federal da Alemanha (Mangold), Proc. n.º C-441/02. Acórdão de 27 de abril de 2006. ECLI:EU:C:2006:253, Col. Jur. 2006 p. I-03449.

Comissão v. República da Finlândia, Proc. n.º C-118/07. Acórdão de 19 de novembro de 2009. ECLI:EU:C:2009:715, Col. Jur. 2009 p. I-10889.

Comissão v. República Francesa (French Merchant Seamen), Proc. n.º 167/73. Acórdão de 4 de abril de 1974. ECLI:EU:C:1974:35, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1974 p. 00187.

Comissão v. República Italiana, Proc. n.º 8/70. Acórdão de 18 de novembro de 1970. ECLI:EU:C:1970:94, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1969-1970 p. 00565.

Comissão v. República Italiana, Proc. n.º 94/81. Acórdão de 2 de março de 1982. ECLI:EU:C:1982:74, Col. Jur. em língua inglesa 1982 p. 00739.

Comissão v. República Italiana, Proc. n.º 41/82. Acórdão de 7 de dezembro de 1982. ECLI:EU:C:1982:418, Col. Jur. em língua inglesa 1982 p. 04213.

Comissão v. República Italiana, Proc. n.º 103/84. Acórdão de 5 de junho de 1986. ECLI:EU:C:1986:229, Col. Jur. 1986 p. 01759.

Comissão v. República Italiana, Proc. n.º 104/86. Acórdão de 24 de março de 1988. ECLI:EU:C:1988:171, Col. Jur. 1988 p. 01799.

Comissão v. República Italiana (Conclusões da Advogada Geral Stix-Hackl), Proc. n.º C-49/00. Conclusões de 31 de maio de 2001. ECLI:EU:C:2001:310, Col. Jur. 2001 p. I-08575.

Comissão v. República Italiana (Conclusões da Advogada Geral Stix-Hackl), Proc. n.º C-224/00. Conclusões de 6 de dezembro de 2001. ECLI:EU:C:2001:671, Col. Jur. 2002 p. I-02965.

Comissão v. BASF, Proc. n.º C-137/92 P. Acórdão de 15 de junho de 1994. ECLI:EU:C:1994:247, Col. Jur. 1994 p. I-02555.

Costa vs ENEL, Proc. n.º 6/64. Acórdão de 15 de julho de 1964. ECLI:EU:C:1964:66, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1962-1964 p. 00549.

D'Hoop (Conclusões do Advogado-Geral GEELHOED), Proc. n.º C-224/98. Conclusões de 21 de fevereiro de 2002. ECLI:EU:C:2002:103, Col. Jur. 2002 p. I-06191.

Da Costa. Procs. n.º 28/62, 29/62, 30/62. Acórdão de 27 de março de 1963. ECLI:EU:C:1963:6, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1962-1964 p. 00233.

Davidoff, Proc. n.º C-292/00. Acórdão de 9 de janeiro de 2003. ECLI:EU:C:2003:9, Col. Jur. 2003 p. I-00389.

Defrenne 1, Proc. n.º 80/70. Acórdão de 25 de maio de 1971. ECLI:EU:C:1971:55, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1971 p. 00161.

Defrenne 2, Proc. n.º 43/75. Acórdão de 8 de abril de 1976. ECLI:EU:C:1976:56, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1976 p. 00193.

Dillenkofer, Proc. n.º C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Acórdão de 8 de outubro de 1996. ECLI:EU:C:1996:375, Col. Jur. 1996 p. I-04845.

Dzodzi, Procs. n.º C-297/88 e C-197/89. Acórdão de 18 de outubro de 1990. ECLI:EU:C:1990:360, Col. Jur. 1990 p. I-03763.

El Corte Inglés SA v. Cristina Rivero, Proc. n.º C-192/94, Acórdão de 7 março de 1996. ECLI:EU:C:1996:88, Col. Jur. 1996 p. I-01281.

Emmott, Proc. n.º C-208/90. Acórdão de 25 de julho de 1991. ECLI:EU:C:1991:333, Col. Jur. 1991 p. I-04269.

Eurotunnel, Proc. n.º C-408/95. Acórdão de 11 de novembro de 1997. ECLI:EU:C:1997:532, Col. Jur. 1997 p. I-06315.

Factortame I, Proc. n.º C-213/89. Acórdão de 19 de junho de 1990. ECLI:EU:C:1990:257, Col. Jur. 1990 p. I-02433

Fantask, Proc. n.º C-188/95. Acórdão de 2 de dezembro de 1997. ECLI:EU:C:1997:580, Col. Jur. 1997 p. I-06783.

Fazenda Pública v. Câmara Municipal do Porto, Proc. n.º C-446/98. Acórdão de 14 de Dezembro de 2000. ECLI:EU:C:2000:691, Col. Jur. 2000 p. I-11435.

Ferreira da Silva, Proc. n.º C-160/14. Acórdão de 9 de setembro de 2015. ECLI:EU:C:2015:565, Col. Jur. Digital

Fedesa, Proc. n.º C-331/88. Acórdão de 13 de novembro de 1990. ECLI:EU:C:1990:391, Col. Jur. 1990 p. I-04023.

Foglia Novello II, Proc. n.º 244/80. Acórdão de 16 de novembro de 1981. ECLI:EU:C:1981:302, Col. Jur. 1981 p. 03045.

Foto-Frost, Proc. n.º 314/85. Acórdão de 22 de outubro de 1987. ECLI:EU:C:1987:452, Col. Jur. 1987 p. 04199.

Francovich, Proc. n.º C-6/90 e C-9/90. Acórdão de 19 de novembro de 1991. ECLI:EU:C:1991:428, Col. Jur. 1991 p. I-05357.

Fratelli Variola, Proc. n.º 34/73. Acórdão de 10 de outubro de 1973. ECLI:EU:C:1973:101, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1973 p. 00365.

Frecassetti, Proc. n.º 113/75. Acórdão de 15 de junho de 1976. ECLI:EU:C:1976:89, Col. Jur. 1976 p. 00983.

Grimaldi, Proc. n.º C-322/88. Acórdão de 13 de dezembro de 1989. ECLI:EU:C:1989:646, Col. Jur. 1989 p. 04407.

Haegeman, Proc. n.º 181/73. Acórdão de 30 de abril de 1974. ECLI:EU:C:1974:41, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1974 p. 00251.

Hartmann, Proc. n.º C-162/98. Despacho de 12 de novembro de 1998. ECLI:EU:C:1998:539, Col. Jur. 1998 p. I-07083.

Hautala (Conclusões do Advogado-Geral LÉGER). Proc. n.º C-353/99 P. Conclusões de 10 de julho de 2001. ECLI:EU:C:2001:932, Col. Jur. 2001 p. I-09565.

Hermès International, Proc. n.º C-53/96. Acórdão de 16 de junho de 1998. ECLI:EU:C:1998:292, Col. Jur. 1998 p. I-03603.

Heylens, Proc. n.º 222/86. Acórdão de 15 outubro de 1987. ECLI:EU:C:1987:442, Col. Jur. 1987 p. 04097.

Hoffman-La Roche, Proc. n.º 107/76. Acórdão de 24 de maio de 1977. ECLI:EU:C:1977:89, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1977 p. 00333.

Humblet v. Estado Belga, Proc. n.º 6/60. Acórdão de 16 de dezembro de 1960. ECLI:EU:C:1960:48, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1954-1961 p. 00545.

IN.CO.GE., Proc. n.º C-10/97 a C-22/97. Acórdão de 22 Outubro 1998. ECLI:EU:C:1998:498, Col. Jur. 1998 p. I-06307.

IN.CO.GE. (Conclusões do Advogado-Geral Damaso RUIZ-JARABO Colomer), Proc. n.º C-10/97 a C-22/97. Conclusões de 14 de maio de 1998. ECLI:EU:C:1998:228, Col. Jur. 1998 p. I-06309.

Ingemar Nilsson (Conclusões da Advogada Geral Stix-Hackl), Proc. n.º C-131/00. Conclusões de 12 de julho de 2001. ECLI:EU:C:2001:417, Col. Jur. 2001 p. I-10165.

Inter-Environnement Wallonie, Proc. n.º C-41/11. Acórdão de 28 de fevereiro de 2012. ECLI:EU:C:2012:103, Col. Jur. Digital.

International Chemical, Proc. n.º 66/80. Acórdão de 13 de maio de 1981. ECLI:EU:C:1981:102, Col. Jur. 1981 p. 01191.

Internationale Handelsgesellschaft, Proc. n.º 11/70. Acórdão de 17 dezembro de 1970. ECLI:EU:C:1970:114, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1969-1970 p. 00625.

Intertanko, Proc. n.º C-308/06. Acórdão de 3 de junho de 2008. ECLI:EU:C:2008:312, Col. Jur. 2008 p. I-04057.

Intervention Board for Agricultural Produce, Proc. n.º C-241/95. Acórdão de 12 de dezembro de 1996. ECLI:EU:C:1996:496, Col. Jur. 1996 p. I-06699.

Johnston, Proc. n.º 222/84. Acórdão de 15 de maio de 1986. ECLI:EU:1986:206, Col. Jur. 1986 p. 01651.

Johnston (Conclusões do Advogado-Geral DARMON), Proc. n.º 222/84. Conclusões de 28 de janeiro de 1986. ECLI:EU:C:1986:44, Col. Jur. 1986 p. 01654.

Kadi, Proc. n.º C-402/05 P e C-415/05 P. Acórdão de 3 setembro de 2008. ECLI:EU:C:2008:461, Col. Jur. 2008 p. I-06351.

Kapferer, Proc. n.º C-234/04. Acórdão de 16 de março de 2006. ECLI:EU:C:2006:178, Col. Jur. 2006 p. I-02585.

Köbler, Proc. n.º C-224/01. Acórdão de 30 de setembro de 2003. ECLI:EU:C:2003:513, Col. Jur. 2003 p. I-10239.

Kühne & Heitz, Proc. n.º C-453/00. Acórdão de 13 de janeiro de 2004. ECLI:EU:C:2004:17, Col. Jur. 2004 p. I-00837.

Kreil, Proc. n.º C-285/98. Acórdão de 11 de janeiro de 2000. ECLI:EU:C:2000:2, Col. Jur. 2000 p. I-00069.

Krzysztof Filipiak, Proc. n.º C-314/08. Acórdão de 19 de novembro de 2009. ECLI:EU:C:2009:719, Col. Jur. 2009 p. I-11049.

Kremzow, Proc. n.º C-299/95. Acórdão de 29 de maio de 1997. ECLI:EU:C:1997:254, Col. Jur. 1997 p. I-02629.

Leonesio, Proc. n.º 93/71. Acórdão de 17 de maio de 1972. ECLI:EU:C:1972:39, Col. Jur. Ed. Especial Portuguesa 1972 p. 00093.

Levi Strauss, Proc. n.º C-145/05. Acórdão de 27 de abril de 2006. ECLI:EU:C:2006:264, Col. Jur. 2006 p. I-03703.

Lorenz, Proc. n.º 120/73. Acórdão de 11 de dezembro de 1973. ECLI:EU:C:1973:152, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1973 p. 00553.

Lucchini, Proc. n.º C-119/05, Acórdão de 18 de julho de 2007. ECLI:EU:C:2007:434, Col. Jur. 2007 p. I-06199.

Lück, Proc. n.º 34/67. Acórdão de 4 de abril de 1968. ECLI:EU:C:1968:24, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1965-1968 p. 00839.

Lück (Conclusões do Advogado-Geral ROEMER), Proc. n.º 34/67. Conclusões de 8 de fevereiro de 1968. ECLI:EU:C:1968:9, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1965-1968 p. 00841.

Manghera. Proc. n.º 59/75. Acórdão de 3 de fevereiro de 1976. ECLI:EU:C:1976:14, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1976 p. 00031.

Marleasing, Proc. n.º C-106/89. Acórdão de 13 de novembro de 1990. ECLI:EU:C:1990:395, Col. Jur. 1990 p. I-04135.

Marshall, Proc. n.º C-152/84. Acórdão de 26 de fevereiro de 1986. ECLI:EU:C:1986:84, Col. Jur. 1986 p. 00723.

M.A.S. & M.B., Proc. n.º C-42/17. Acórdão de 5 de dezembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:936, Col. Jur. Digital.

Mecanarte, Proc. n.º C-348/89, Acórdão de 27 de junho de 1991. ECLI:EU:C:1991:278, Col. Jur. 1991 p. I-03277.

Melki, Proc. n.º C-188/10 e C-189/10, Acórdão de 22 de junho de 2010. ECLI:EU:C:2010:363, Col. Jur. Digital.

Mulligan (Conclusões do Advogado-Geral GEELHOED). Proc. n.º C-313/99, Conclusões de 12 de julho de 2001. ECLI:EU:C:2001:409, Col. Jur. 2002 p. I-05719.

Munoz, Proc. n.º C-253/00, Acórdão de 17 de setembro de 2002. ECLI:EU:C:2002:497, Col. Jur. 2002 p. I-07289.

Nold, Proc. n.º 4/73. Acórdão de 14 de maio de 1974. ECLI:EU:C:1974:51, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1974 p.00283.

Os Verdes, Proc. n.º 294/83, Acórdão de 23 de abril de 1986, ECLI:EU:C:1986:166, Col. Jur. 1986 p. 01339.

Países Baixos v. Alta Autoridade, Proc. n.º 25/59, Acórdão de 15 de julho de 1960. ECLI:EU:C:1960:34, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1954-1961 p. 00495.

Paletta II, Proc. n.º C-206/94, Acórdão de 2 de maio de 1996. ECLI:EU:C:1996:182, Col. Jur. 1996 p. I-02357.

Parecer 1/91, Proc. n.º 1/91. Acórdão de 14 de dezembro de 1991. ECLI:EU:C:1991:490, Col. Jur. 1991 p. I-06079.

Parfums Christian Dior, Procs n.º C-300/98 e C-392/98. Acórdão de 14 de dezembro de 2000. ECLI:EU:C:2000:688, Col. Jur. 2000 p. I-11307.

Parlamento Europeu v. Conselho, Proc. n.º C-133/06. Acórdão de 6 de maio de 2008. ECLI:EU:C:2008:257, Col. Jur. 2008 p. I-3189.

Parlamento Europeu v. Conselho, Proc. n.º C-540/03. Acórdão de 27 de junho de 2006. ECLI:EU:C:2006:429, Col. Jur. 2006 p. I-05769.

Pizzarotti, Proc. n.º C-213/13, Acórdão de 15 de maio de 2014. ECLI:EU:C:2014:335, Col. Jur. Digital.

Ponente Carni e Cispadana Costruzioni, Proc. n.º C. 71/91 e C-178/91. Acórdão de 20 de abril de 1993. ECLI:EU:C:1993:140, Col. Jur. 1993 p. I-01915.

Peterbroeck, Proc. n.º C-312/93. Acórdão de 14 de dezembro de 1995. ECLI:EU:C:1995:437, Col. Jur. 1995 p. I-04599.

Pupino, Proc. n.º C-105/03, Acórdão de 16 de junho de 2005. ECLI:EU:C:2005:386, Col. Jur. 2005 p. I-05285.

Raffinerie Mediterranee, Proc. n.º C-378/08. Acórdão de 9 de março de 2010. ECLI:EU:C:2010:126, Col. Jur. 2010, p. I-01919.

Ratti, Proc. n.º 148/78. Acórdão de 5 de abril de 1979, ECLI:EU:C:1979:110, Col. Jur. 1979 p. 01629.

Reino de Espanha v. Conselho, Proc. n.º C-442/04. Acórdão de 15 de maio de 2008. ECLI:EU:C:2008:276, Col. Jur. 2008 p. I-03517.

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte v. Conselho, Proc. C-84/94, Acórdão de 12 de novembro de 1996. ECLI:EU:C:1996:431, Col. Jur. 1996, p. I-05755.

República Federal da Alemanha v. Comissão, Proc. C-240/90. Acórdão de 27 de outubro de 1992. ECLI:EU:C:1992:408, Col. Jur. 1992 p. I-05383

Rewe, Proc. n.º 278/82. Acórdão de 16 de dezembro de 1976. ECLI:EU:C:1976:188, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1976 p. 00813.

Rheinmühlen, Proc. n.º 6/71. Acórdão de 27 de outubro de 1971. ECLI:EU:C:1971:100, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1971 p. 00305.

Rheinmühlen-Düsseldorf, Proc. n.º 166/73. Acórdão de 16 de janeiro de 1974. ECLI:EU:C:1974:3, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1974 p. 00017.

Russo v. AIMA, Proc. n.º 60/75. Acórdão de 22 de janeiro de 1976. ECLI:EU:C:1976:9, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1976 p. 00009.

Scarpelli, Proc. n.º C-509/07. Acórdão de 23 de abril de 2009. ECLI:EU:C:2009:255, Col. Jur. 2009 p. I-03311.

Schlüter, Proc. n.º 9/79. Acórdão de 24 de outubro de 1973. ECLI:EU:C:1973:110, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1973 p. 00423.

Simmenthal, Proc. n.º 106/77. Acórdão de 9 de março de 1978. ECLI:EU:C:1978:49, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1978 p. 00243.

Simmenthal v. Comissão, Proc. n.º 92/78. Acórdão de 6 de março de 1979. ECLI:EU:C:1979:53, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1979 p. 00407.

SPI, Procs. 267/81, 268/81 e 269/81. Acórdão de 16 de março de 1983. ECLI:EU:C:1983:78, Col. Jur. em língua inglesa 1983 p. 0081.

Stork, Proc. 1/58. Acórdão de 4 de fevereiro de 1959. ECLI:EU:C:1959:4, Col. Jur. Digital.

Taricco, Proc. n.º C-105/14, Acórdão de 8 de setembro de 2015. ECLI:EU:C:2015:555, Col. Jur. Digital.

Texaco e Olieelskabet Danmark, Proc. n.º C-114/95 e C-115/95, Acórdão de 17 de julho de 1997. ECLI:EU:C:1997:371, Col. Jur. 1997 p. I-04263.

The Queen v. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Mario Santillo (Conclusões do Advogado-Geral WARNER), Proc. 131/79, Conclusões de 27 de fevereiro de 1980. ECLI:EU:C:1980:58. Col. Jur. Digital em língua inglesa.

TNT (Conclusões do Advogado-Geral ALBER), Proc. n.º C-340/99. Conclusões de 1 de fevereiro de 2001. ECLI:EU:C:2001:74, Col. Jur. 2001 p. I-04109.

Universität Hamburg, Proc. n.º 216/82. Acórdão de 27 de setembro de 1983. ECLI:EU:C:1983:248, Col. Jur. 1983 p. 02771

Van Duyn, Proc. n.º 41/74. Acórdão de 4 de dezembro de 1974. ECLI:EU:C:1974:133, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1974 p. 00567.

Van Gend & Loos, Proc. n.º C-26/62. Acórdão de 5 de fevereiro de 1963. ECLI:EU:C:1963:01, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1962-1964 p. 00205.

Van Schijndel, Proc. n.º C-430/93 e C-431/93. Acórdão de 14 de dezembro de 1995. ECLI:EU:C:1995:441, Col. Jur. p. I-04705.

Von Colson e Kamann, Proc. n.º 14/83. Acórdão de 10 de abril de 1984. ECLI:EU:C:1984:153, Col. Jur. 1984 p. 01891.

Voogd Vleesimport en-export, Proc. n.º C-151/93, Acórdão de 5 de outubro de 1994. ECLI:EU:C:1994:365, Col. Jur. 1994 p. I-04915.

Walrave, Proc. n.º 36/74. Acórdão de 12 de dezembro de 1974. ECLI:EU:C:1974:140, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1974 p. 00595.

Weber, Proc. n.º C-314/91. Acórdão de 23 de março de 1993. ECLI:EU:C:1993:109, Col. Jur. 1993 p. I-01093.

Weiss, Proc. n.º C-493/17. Acórdão de 11 de dezembro de 2018. ECLI:EU:C:2018:1000, Col. Jur. Digital.

Z v. Parlamento Europeu (Conclusões do Advogado-Geral JACOBS). Proc. n.º C-270/99 P. Conclusões de 22 de março de 2001. ECLI:EU:C:2001:180, Col. Jur. 2001 p. I-09197.

Zuckerfabrik Bedburg AG (Conclusões do Advogado-Geral Sir Gordon SLYNN), Proc. n.º 281/84, Conclusões de 16 de dezembro de 1986. ECLI:EU:C:1986:489, Col. Jur. 1987 p. 00073.

Zuckerfabrik Schöppenstedt, Proc. n.º 5/71. Acórdão de 2 de setembro de 1971. ECLI:EU:C:1971:116, Col. Jur. Ed. Esp. Portuguesa 1971 p. 00375.

Tribunal Geral da União Europeia

BASF v. Comissão, Proc. T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89. Acórdão de 27 de fevereiro de 1992. ECLI:EU:T:1992:26, Col. Jur. 1992 p. II-00315.

Disputación Foral de Álava v. Comissão. Proc. n.º T-77/01. Despacho de 11 de janeiro de 2002. ECLI:EU:T:2002:4, Col. Jur. 2002 p. II-00081.

Dubois, Proc. T-113/96. Acórdão de 29 de janeiro de 1998. ECLI:EU:T:1998:11, Col. Jur. 1998 p. II-00125.

Ezz, Proc. T-256/11, Acórdão de 27 de fevereiro de 2014. ECLI:EU:T:2014:93, Col. Jur. Digital.

First Data Corp., Proc. T-28/02. Despacho de 17 de outubro de 2005. ECLI:EU:T:2005:357, Col. Jur. 2005 p. II-04119.

max.mobil. Proc. n.º T-54/99. Acórdão de 30 de janeiro de 2002. ECLI:EU:T:2002:20, Col. Jur. 2002 p. II-00313.

Pampryl, Proc. T-114/99, Despacho de 9 de novembro de 1999. ECLI:EU:T:1999:281, Col. Jur. 1999 p. II-03331.

Schneider Electric SA v. Comissão, Proc. T-351/03. Acórdão de 11 de julho de 2007. ECLI:EU:T:2007:212, Col. Jur. 2007 p. II-02237.

Sogelma, Proc. T-411/06, Acórdão de 8 de outubro de 2008. ECLI:EU:T:2008:419, Col. Jur. 2008 p. II-02771.

Tribunal Interamericano de Direitos do Homem

Almonacid-Arellano v. Chile, Proc. n.º 154. Acórdão de 26 de setembro de 2006. Col. Jur. IACHR Series C.

2. Jurisdições constitucionais nacionais

2.1. Alemanha - Bundesverfassungsgericht

Banana. Proc. n.º 2 BvL 1/97. Acórdão de 7 de julho de 2000. Col. Jur. BVerfGE 102, 147.

Europäisches Haftbefehlsgesetz (Mandado de Detenção Europeu), Proc. n.º 2 BvR 2236/04. Acórdão de 18 de julho de 2005. Col. Jur. BVerfGE 113, 273.

Lissabon-Urteil (Tratado de Lisboa), Proc. n.º 2 BvE 2/08. Acórdão de 30 de junho de 2009. Col. Jur. BVerfGE 123, 267.

Maastricht-Urteil (Tratado de Maastricht), Procs. n.º 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92. Acórdão de 12 de outubro de 1993. Col. Jur. BVerfGE 89, 155.

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (Prisão preventiva subsequente), Proc. n.º 2 BvR 834, 1588/02. Acórdão de 10 de fevereiro de 2004. Col. Jur. BVerfGE 109, 190.

PSPP, Proc. 2 BvR 859/15. Acórdão de 5 de maio de 2020. Col. Jur. Digital.

Reichskonkordat (Concordata com o Reich), Proc. n.º 2 BvG 1/55. Acórdão de 26 de março de 1957. Col. Jur. BVerfGE 6, 1957.

Solange. Proc. n.º BvL 52/71. Acórdão de 29 de maio de 1974. Col. Jur. BVerfGE 37, 271.

Solange II. Proc. n.º 2 BvR 197/83. Acórdão de 22 de outubro de 1986. Col. Jur. BVerfGE 73, 339

Soweit. Proc. n.º 2 BvR 2735/14. Acórdão de 15 de dezembro de 2015.

Sportswetten (Apostas desportivas), Proc. n.º 1 BvR 1054/01. Acórdão de 28 de Março de 2006. Col. Jur. BVerfGE 115, 276.

2.2. Áustria

a) Reichgericht

Proc. n.º 111 RGZ 320. Acórdão de 04 de novembro de 1925.

b) Verfassungsgerichtshof

Wr. Behindertengesetz, Proc. n.º G 5/80 Acórdão de 13 de junho de 1980.

2.3. Bélgica - Cour Constitutionnelle Belge

Comines-Warneton, Proc. n.º 18/90. Acórdão de 25 de maio de 1995. Col. Jur. 88

John Aad e Christiane Asselman 2, Proc. n.º 124/2010. Acórdão de 28 de outubro de 2010. Col. Jur. 4877, 4879 e 4882.

2.4. Canadá

a) Ontario Court of Appeals

Re Gilhula, Proc. n.º 10 Ont. L. Rep. 469. Col. Jur. 1905

B9 Quebec Court of Appeals

Reference Re Genetic Non-Discriminatory Act 2018, Proc. n.º 2018 QCCA 2193. Col. Jur. 2018.

c) Supreme Court of British Columbia

Re Provincial Elections Act, Proc. n.º 8 Brit. Col. 76. Col. Jur. 1904.

Thrasher Case, Proc. n.º 1 Brit. Col. 153. Col. Jur. 1882.

d) Supreme Court of Canada

Ford v. Quebec, Proc. n.º 2 S.C.R. 712. Acórdão de 15 de dezembro de 1988.

R. v. Therens, Proc. n.º 1 S.C.R. 613. Acórdão de 23 de maio de 1985.

Re British Columbia Motor Vehicle Act, Proc. n.º 2 SCR 496. Acórdão de 17 de dezembro de 1985.

Re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution, Proc. n.º 2 S.C.R. 793. Acórdão de 6 de dezembro de 1982.

Re Resolution to Amend the Constitution, Proc. n.º 1 S.C.R. 753. Acórdão de 28 de setembro de 1981.

Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan, Proc. n.º 1 S.C.R. 188. Acórdão de 18 de março de 2005.

e) Supreme Court of New Brunswick

Queen v. Chandler, Proc. n.º 12 New Bruns. 556. Col. Jur. 1869.

Queens v. Dow, Proc. n.º 14 New Bruns. Rep 300. Col. Jur. 1873.

f) Supreme Court of Ontario

Leprohon v. Ottawa, Proc. N.º 2 Ont. App. Rep. 522. Col. Jur. 1877.

Re Assignments and Preferences Act, Proc. N.º 20 Ont. App. Rep. 489. Col. Jur. 1893

2.5. Estados Unidos da América

a) Supreme Court of the United States of America

Ableman v. Booth, Proc. n.º 62 US 506. Acórdão de 7 de março de 1859.

Cohen v. Virginia, Proc. n.º 19 US 264. Acórdão de 3 de março de 1821.

Dodge v. Woolsey, Proc. n.º 59 US 331. Acórdão de 1 de dezembro de 1855.

Madbury v. Madison, Proc. n.º 5 US 137. Acórdão de 24 de fevereiro de 1803.

Martin v. Hunter, Proc. n.º 14 US 304. Acórdão de 20 de março de 1816.

b) Supreme Court of Minnessotta

Mitchell v. Steffen, Proc. n.º 504 N.W. 2d 198. Acórdão de 6 de agosto de 1993.

c) Supreme Court of Wisconsin

Jones v. Milwaukee County, Proc. n.º 485 N.W. 2d 21. Acórdão de 17 de junho de 1992.

2.6. Itália - Corte Costituzionale

Astuti, Proc. n.º 232. Col. Jur. 1975

Astuti II, Proc. n.º 205. Col. Jur. 1976

Gratinal, Proc. n.º 170. Col. Jur. 1984

Frontini, Proc. n.º 183, Col. Jur. 1973

Ordinanza n.º 206, Proc. n.º 206, Col. Jur. 1976

Ordinanza n.º 182, Proc. n.º 182, Col. Jur. 2020

Sentenza n.º 269, Proc. n.º 269, Col. Jur. 2017

Sentenza n.º 115, Proc. n.º 115, Col. Jur. 2018

Sentenza n.º 20, Proc. n.º 20, Col. Jur. 2019

2.7. Polónia - Trybunał Konstytucyjny

Proc.º P 1/05. Acórdão de 27 de abril de 2005

Proc.º K 18/04. Acórdão de 11 de maio de 2005.

2.8. Portugal - *Tribunal Constitucional*

Acórdão n.º 422/2020, Proc. n.º 528/2017. Acórdão de 15 de julho de 2020. Col. Jur. Digital.

2.9. Reino Unido - *Judicial Committee of the Privy Council*

Ontario (AG) v. Canada (AG), Proc. n.º UKPC 20. Acórdão de 9 maio de 1896.

2.10. Suíça - *Bundesgericht / Tribunal Fédéral*

Proc. n.º 2C_740/2009, BGE 137 I 257. Acórdão de 4 de julho de 2011.

Proc. n.º 4A_546/2010, BGE 137 I 135. Acórdão de 17 de março de 2011.

Outros documentos

a) Comissão Europeia

1991. Intergovernmental Conferences: Contributions by the Commission. In Boletim das Comunidades Europeias, Suplemento 2/91. Luxemburgo.

2009. Recueil sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes et sur la non-discrimination dans l'Union européenne. In EUROPEIA, S.D.P.D.U. Luxemburgo: Direcção Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Inclusão.

2009. Vigésimo Sexto Relatório Anual Sobre o Controlo da Aplicação do Direito Comunitário, COM (2009) 675, Bruxelas.

b) Conselho Europeu

1999. Conselho Europeu de Colónia, 3 a 4 de Junho de 1999. Conclusões da Presidência, Colónia.

2000. Conselho Europeu de Nice, 7 a 10 de dezembro de 2000. Conclusões da Presidência, Nice.

Índice

Plano da obra	II
Agradecimentos	V
Resumo	VI
Abstract.....	VII
Palavras-chave	IX
Keywords	IX
Lista de abreviaturas	X
Notas metodológicas.....	XI
Introdução.....	1
Capítulo 1. A ordem jurídica da União Europeia.....	7
1.1. A natureza parafederal da ordem jurídica da União	7
1.2. Traços federais da UE	14
1.3. As atribuições da UE	29
1.4. A UE como Estado de direito	34
1.5. Fontes de direito da UE	37
1.5.1. Hierarquia das fontes.....	37
1.5.2. Direito originário.....	38
1.5.3. Direito derivado	43
1.6. A fiscalização da legitimidade do direito da UE	50
1.6.1. Tipos de ilegitimidade normativa e mecanismos de fiscalização.....	50
1.6.2. Recurso de anulação.....	51
1.6.3. Exceção de invalidade.....	56
Capítulo 2. A vinculação dos Estados-membros ao direito da UE.....	59
2.1. Uma construção pretoriana	59
2.2. O efeito direto	61
2.2.1. Formulação jurisprudencial do princípio	61
2.2.2. Âmbito da aplicação direta	62

2.3. A primazia do direito da União	86
2.3.1. A formulação jurisprudencial do princípio.....	86
2.3.2. Os possíveis limites constitucionais à primazia	93
2.4. Os tribunais nacionais como garantes do respeito pelo Direito da UE	112
2.4.1. A tutela jurisdicional efetiva	112
2.4.2. O conhecimento oficioso do direito da União	116
2.5. O incidente prejudicial sobre a interpretação e validade do Direito da UE	124
2.5.1. O regime do artigo 267.º TFUE	124
2.5.2. A obrigatoriedade de reenvio na jurisprudência do TJUE.....	127
2.6. Ação de incumprimento	132
2.6.1. Tipos de obrigações relevantes	132
2.6.2. Fundamentos	133
2.6.3. Atos geradores de incumprimento	137
2.6.4. Efeitos da decisão condenatória	140

Capítulo 3. A questão da invalidade dos atos das unidades federadas em Estados federais 143

3.1. A arquitetura de tipo federal da União	143
3.2. Estados federais com controlo centralizado	147
3.2.1. Áustria.....	147
3.2.2. Alemanha.....	153
3.2.3. Bélgica.....	164
3.2.4. Suíça.....	174
3.3. Estados federais com controlo descentralizado	180
3.3.1. Estados Unidos da América	180
3.3.2. Canadá	188
3.4. Contributo do estudo comparado	200
3.4.1. Fundamento do <i>judicial review</i>	200
3.4.2. A diversidade de soluções.....	204

Capítulo 4. Controlo da validade dos atos jurídicos nacionais por incompatibilidade com o direito da UE a nível nacional 207

4.1. O artigo 8.º, n.º 4, da CRP	207
4.2. Inexistência de uma solução europeia quanto à fiscalização judicial	208
4.3. Os mecanismos de controlo existentes na Constituição e na lei	217
4.4. Insuficiência da solução vigente	230
4.5. As soluções de controlo de constitucionalidade e equiparadas	232
4.6. Sistema proposto	242

Conclusões 245

Bibliografia 250

Jurisprudência 277

1. Tribunal de Justiça da União Europeia	277
2. Jurisdições constitucionais nacionais	286
2.1. Alemanha - Bundesverfassungsgericht	286
2.2. Áustria	287
2.3. Bélgica - <i>Cour Constitutionnelle Belge</i>	287
2.4. Canadá	287
2.5. Estados Unidos da América	288
2.7. Polónia - <i>Trybunał Konstytucyjny</i>	289
2.8. Portugal - <i>Tribunal Constitucional</i>	290
2.9. Reino Unido - <i>Judicial Committee of the Privy Council</i>	290

Outros documentos 291