

# MUCH ADO ABOUT NOTHING

## O ARTIGO 10.º, N.º 1 DO PROJECTO DE TRATADO QUE ESTABELECE UMA «CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA»

José de Matos Correia

### INTRODUÇÃO

I. O Projecto de Tratado que estabelece uma «Constituição para a Europa»<sup>1</sup>, elaborado e aprovado pela Convenção Europeia, introduz um conjunto muito significativo de alterações nas regras que regulam o funcionamento da União Europeia e os mecanismos da sua actuação, tanto ao nível da respectiva arquitectura institucional, quanto no plano da delimitação das áreas de intervenção da União e dos Estados-membros. Curiosamente – ou talvez não – as múltiplas discussões ocorridas no nosso país centraram-se, quase em exclusivo, em torno do problema da prevalência do direito comunitário sobre o direito nacional – em especial relativamente às normas constitucionais –, suscitado pela redacção do artigo 10.º, n.º 1, do projecto cujo teor é o seguinte: «A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas *prima* sobre o direito dos Estados-membros». Como tantas vezes sucede entre nós, inverteram-se as prioridades de análise, na medida em que muito mais útil do que saber se as normas comunitárias se devem sobrepor, e em que termos, às normas de direito estadual, é avaliar quais as competências que à União devem caber. Muito mais importante do que debater a hierarquia das normas é discutir a «europeização» das funções – seja por via pacífica, seja como consequência da aplicação da teoria dos poderes implícitos<sup>2</sup> –, pois é aí que se coloca com maior acuidade a questão da progressiva perda de soberania dos Estados. E, a esse nível, muitas dúvidas deveriam ter sido suscitadas pelo teor do projecto de «Constituição Europeia» – como sucede com a delimitação dos domínios de competência exclusiva e de competência partilhada, da dupla maioria nas votações do Conselho ou da cláusula de ajuda e assistência mútua em caso de ataque a um Estado-membro, para citar apenas alguns exemplos – e raramente o foram.

II. A expressão mais elevada da controvérsia ocorrida foi, porventura, a apresentação ao Governo de uma petição, subscrita por um conjunto de personalidades de relevo da sociedade portuguesa, na qual era solicitado que, no âmbito da discussão a ter lugar em sede de Conferência Intergovernamental, fosse conseguida a alteração do citado artigo 10.º, n.º 1, para isso se sugerindo a inserção do vocábulo «ordinário» entre as palavras «direito» e «Estados-membros»<sup>3</sup>. Tal mudança, se limitada na forma daria azo a resultados radicalmente diversos em matéria de relacionamento entre as normas jurídicas comunitárias e as normas jurídicas nacionais, porquanto resultaria na permissão da superioridade do direito europeu apenas sobre o direito ordinário dos Estados, com a consequente recusa de qualquer tipo de primazia face a dispositivos de carácter constitucional.

III. Sustentaram os peticionantes, em abono da clarificação desejada, que a fórmula contida no artigo 10.º, n.º 1 «poderia ser entendida como implicando a supremacia de normas criadas por instituição da União Europeia sobre as normas constitucionais dos Estados-membros», o que, do seu ponto de vista «seria, desde logo, logicamente incongruente». De facto, «as instituições da União têm as suas competências previstas em tratado que só pode ser ratificado pelos Estados-membros se não desconforme com as respectivas Constituições; e, no entanto, actos emanados desses órgãos iriam impor-se às normas constitucionais, apesar de não disporem da legitimidade democrática inerente às Constituições dos Estados-membros, todas aprovadas por assembleia constituinte ou por referendo». Aliás – refere-se em seguida –, «a própria “Constituição Europeia”», como verdadeiro tratado, tão-pouco poderia prevalecer sobre as Constituições nacionais», razão pela qual, caso isso se aceitasse, produzir-se-ia uma «degradação qualitativa dos Estados-membros, reduzidos doravante à categoria de Estados sem soberania constituinte»<sup>4</sup>.

IV. Na nossa opinião, os pontos de vista expressos na petição – bem como outra argumentação que a este respeito tem vindo a ser expandida – não procedem. Nem o texto do artigo 10.º, n.º 1, do projecto de «Constituição para a Europa» representa qualquer alteração à situação de há muito

NEM O TEXTO DO ARTIGO 10.º, N.º 1, DO PROJECTO DE «CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA» REPRESENTA QUALQUER ALTERAÇÃO À SITUAÇÃO DE HÁ MUITO CONSAGRADA NA DOCTRINA E NA PRÁTICA COMUNITÁRIAS, NEM A ADESÃO AO QUE NELE SE ESTABELECE SIGNIFICARIA, PARA OS ESTADOS INTEGRANTES DA UNIÃO, QUALQUER SUBORDINAÇÃO REVELADORA DE UMA DEGRADAÇÃO DA SOBERANIA CONSTITUINTE.

consagrada na doutrina e na prática comunitárias – e genericamente aceite pelos Estados-membros –, nem a adesão ao que nele se estabelece significaria, para os Estados integrantes da União, qualquer subordinação reveladora de uma degradação da soberania constituinte. Ao contrário, pois a tese naquela expandida é que, a ser consagrada, suporia um retrocesso face ao «estado da arte» actualmente vigente nesta matéria. Vejamos porquê, alinhando brevemente um conjunto de razões

que assentando essencialmente na órbita jurídica, não deixarão de recorrer, quando necessário, a argumentos de razoabilidade e de oportunidade política<sup>5</sup>.

### **A QUESTÃO DA PRIMAZIA DO DIREITO COMUNITÁRIO**

V. O princípio do primado constitui, sem dúvida, um dos pilares estruturantes do direito comunitário, na medida em que define uma orientação clara na questão central do relacionamento entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas nacionais dos Estados-membros. Um princípio que, perante o vazio nesta matéria existente nos tratados constitutivos, se ficou fundamentalmente a dever ao labor do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o qual delimitou teoricamente o problema e articulou, face ao mesmo, uma doutrina coerente, essencialmente alicerçada numa visão simultaneamente ontológica quanto à natureza do processo de construção europeia e teleológica quanto aos seus fins.

VI. A primeira vez que o Tribunal se debruçou sobre a matéria foi no célebre Acórdão *Costa/ENEL*<sup>6</sup>, que ainda hoje representa o essencial do pensamento da jurisdição do Luxemburgo quanto ao tema. Assim, na opinião do Tribunal «o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado

e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais». Na verdade, «ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios». Consequentemente, «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 objectivos do Tratado referida no artigo 5.º, segundo parágrafo, e sem provocar uma discriminação proibida pelo artigo 7.º As obrigações assumidas no Tratado que institui a Comunidade não seriam absolutas, mas apenas eventuais, se pudessem ser postas em causa por posteriores actos legislativos dos signatários». Em conclusão, a jurisdição europeia considera que «ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade».

**VII.** A orientação definida em 1964 é repetida, seis anos depois, no também muito conhecido Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*<sup>7</sup>. Nele o Tribunal reafirma que «o recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado».

**VIII.** Em 1978, o Tribunal aborda de novo o tema, desta feita no Acórdão *Administração das Finanças do Estado/Simmenthal*<sup>8</sup>, para uma vez mais confirmar a linha seguida nos anteriores arrestos, ao dizer que «as disposições do Tratado e os actos das instituições directamente aplicáveis têm por efeito, nas suas relações com o direito interno dos Estados-membros, não apenas tornar inaplicável de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, mas também – e dado que tais disposições e actos integram, com posição de precedência, a ordem jurídica aplicável no território de cada um dos Estados-membros – impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais, na medida em que seriam incompatíveis com normas de direito comunitário»<sup>9</sup>.

**IX.** A questão ressurge em 1996, agora por iniciativa do Estado luxemburguês, que vem sustentar a necessidade de afastar a aplicação de uma norma de direito europeu por esta contraditar o artigo 11.º, n.º 2, da sua Constituição, no qual se impõe a exclusividade do exercício de certas funções, nomeadamente militares, por parte de cidadãos nacionais. A decisão do Tribunal no Acórdão de 2 de Julho é cristalina, ao sublinhar que há apenas que «recordar que, de acordo com

uma jurisprudência constante, o recurso a disposições de uma ordem jurídica interna com o objectivo de limitar o alcance das disposições de direito comunitário teria por consequência atingir a unidade e a eficácia desse direito e não poderia portanto ser admitida»<sup>10</sup>.

X. Refiram-se, por último, os elementos carreados no Acórdão *Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland*<sup>11</sup>. Chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade entre normas de direito comunitário e a legislação alemã federal em matéria de forças armadas, que constituía mera decorrência de regras estabelecidas no artigo 12.º, n.º 4, da *Grundgesetz*<sup>12</sup>, o Tribunal do Luxemburgo apontou inequivocamente para a prevalência das primeiras, decidindo que 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 no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de emprego, 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 e que autorizam o seu acesso somente aos serviços de saúde e às formações de música militar»<sup>13</sup>.

XI. Impõe-se, portanto, uma conclusão: o Tribunal de Justiça formatou uma jurisprudência constante, uniforme e clara no que tange à construção da ideia do primado absoluto do direito comunitário – isto é, à supremacia de todas as fontes de direito comunitário sobre qualquer fonte de direito interno, tanto anterior quanto posterior –, primado esse que, em conjunto com o princípio do efeito directo, constitui trave mestra de toda a arquitectura jurídica europeia. E não poderia ser de outro modo, pois reconhecer aos países membros a possibilidade de erguer dificuldades de qualquer natureza, através da invocação de argumentos de índole judicial, administrativa, política, legal ou mesmo constitucional, significaria sujeitar a eficácia do direito comunitário a uma espécie de condição resolutiva – a vontade individual de cada Estado – e implicaria, no limite, a negação da sua própria juridicidade, assim afectando, de modo irreversível, as bases estruturantes do processo de construção europeia.

XII. A consciência da essencialidade do princípio do primado tem levado os Estados a aceitar tranquilamente a sua consagração e as respectivas consequências, facto confirmado pelos comportamentos adoptados pelas autoridades internas, quer políticas quer judiciais. Neste

FACE ÀS REGRAS CONSTANTES DOS TRATADOS, AO TEXTO DA CARTA EUROPEIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À AMPLA PREOCUPAÇÃO QUE O PROJECTO DE «CONSTITUIÇÃO EUROPEIA» EXPRESSA NESTA MATÉRIA, NÃO SE VISLUMBRA EM QUE MEDIDA É QUE OS ACTOS COMUNITÁRIOS PODERÃO CONTRADITAR OS VALORES FUNDAMENTAIS DE CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS.

contexto, é muito reveladora a posição do *Bundesverfassungsgericht* – depois secundada pelo Tribunal Constitucional italiano e pelo Tribunal de Arbitragem belga – que se reconheceu genericamente incompetente para apreciar da validade de normas comunitárias, apenas aceitando intervir para inquirir da eventual incompatibilidade entre estas e os valores fundamentais enformadores da *Grundgesetz*<sup>14</sup>.

Trata-se de uma postura que aceita, como regra, a supremacia do direito comunitário, mas que entende serem necessárias, em determinadas condições, soluções que salvaguardem o núcleo essencial das constituições estaduais. Uma atitude que se compreende, essencialmente por razões de carácter histórico, mas que poderia ser encarada como potenciando o surgimento de eventuais conflitos, circunscritos embora a áreas muito

limitadas, entre o direito europeu e os direitos nacionais. A nosso ver, a questão reveste-se hoje de relevo meramente teórico, na medida em que, face às regras constantes dos tratados, ao texto da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e à ampla preocupação que o projecto de «Constituição Europeia» expressa nesta matéria, não se vislumbra em que medida é que os actos comunitários poderão contraditar os valores fundamentais de constituições democráticas. A existirem, tais actos seriam antes do mais violadores da própria ordem jurídica comunitária e sujeitos a declaração de nulidade por parte do Tribunal de Justiça, não chegando sequer a colocar-se o problema da sua apreciação por parte de jurisdições nacionais. Mas se, por absurdo, a questão eclodisse, a saída não poderia ser outra que não a da desaplicação do direito nacional, como automática consequência da sua incompatibilidade com as normas de origem comunitária.

**XIII.** O único caminho adequado a garantir a harmoniosa relação entre o direito europeu e os direitos nacionais – verdadeira «*conditio sine qua non*» para o sucesso do processo europeu –, passa, não pela aceitação de espaços de conflitualidade mas, ao invés, pelo reforço da articulação entre os valores e os princípios fundamentais que a ambas caracterizam. Ou seja, o problema não se coloca ao nível da coordenação dispersa destas ou daquelas normas, mas da coerente compatibilização estrutural entre a ordem jurídica comunitária e os ordenamentos jurídicos estaduais. E manda a verdade que se diga que esse é o caminho que tem vindo a ser seguido. Desde logo, do lado europeu, onde fica patente a preocupação constante de introduzir normas positivas que concretizem aspectos essenciais do Estado de Direito Democrático – indo-se até ao ponto de os assumir como critérios determinantes para a admissão de novos membros<sup>15</sup> –, e que culminou na referida inserção no projecto de tratado actualmente em discussão de um amplo catálogo de direitos fundamentais. Mas, também do lado nacional essa tendência se constata. Veja-se, por exemplo, como os Estados-membros recorrem sistematicamente à alteração da sua Constituição em ordem a evitar ou a eliminar contradições com o direito europeu. Na nossa opinião, tal prática outra coisa não representa do que a aceitação – explícita no plano político e implícita a nível jurídico – do princípio do primado absoluto do direito comunitário. Daí que não deixe também de surpreender que aqueles que sempre aceitaram, ao menos pelo silêncio, o princípio do primado e as suas variadas consequências, quando o mesmo se configurava de modo mais opaco e sub-reptício, fruto da sua exclusiva configuração jurisprudencial, venham agora questioná-lo quando apenas está em causa a transparente explicitação, por parte dos Estados, e no uso das suas prerrogativas soberanas, de uma orientação solidamente estabelecida.

**XIV.** Reconhecendo embora não se revestir de importância determinante, é útil trazer aqui à colação o que se encontra estabelecido no n.º 2 do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, que constitui um dos anexos ao Tratado de Amesterdão. Aí se pode ler que «a aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade respeitará as disposições gerais e os objectivos do tratado, nomeadamente no que se refere à manutenção integral do acervo comunitário e ao equilíbrio institucional; a aplicação daqueles princípios não afectará os princípios definidos pelo Tribunal de Justiça quanto à relação entre o direito nacional e o direito comunitário (...)»<sup>16</sup>. Ora, sabendo-se que o citado Protocolo é juridicamente obrigatório (artigo 311.º do Tratado de Amesterdão), conhecendo-se a posição do Tribunal de Justiça, a que largamente se aludiu, relativamente à questão da relação entre o direito europeu e os direitos nacionais e atento o facto de Portugal ter ratificado o Tratado de Amesterdão,

pode legitimamente concluir-se que o nosso país reconheceu formalmente, ao assumir essa vinculação, o princípio do primado absoluto.

**XV.** Vive-se entre nós um evidente problema de semanticidade constitucional – que não é novo, nesta como noutras questões. De um lado, uma Constituição que insiste na ideia da sua própria supremacia, como decorre do previsto no artigo 3.º, n.º 3, e no artigo 277.º, n.º 1, ou da configuração dada ao sistema de fiscalização da constitucionalidade, a que nenhum acto pode escapar – ao menos no domínio da fiscalização sucessiva. Noutro plano, uma prática totalmente contrária em matéria europeia, ao aceitar-se tacitamente o princípio do primado e ao empreender, pelo menos por três vezes (1982, 1992 e 2001), revisões preventivas da Constituição – duas delas de cariz extraordinário –, em ordem a evitar o conflito com o direito comunitário, tanto originário quanto derivado. Trata-se de uma situação anómala e juridicamente inadequada a que urge pôr fim, para isso se justificando consagrar no texto constitucional, de uma vez por todas, aquilo que tem sentido e que na realidade ocorre: a aceitação do primado do direito europeu nas matérias em que a União exerce, por delegação dos Estados-membros, competência decisória<sup>17</sup>.

**XVI.** No contexto desta polémica convém ainda lembrar que o problema do primado não é exclusivo do direito comunitário, já anteriormente se colocando, embora porventura com menor acuidade prática, no plano do relacionamento entre o direito internacional e o direito

interno. E também aí a resposta lógica tem de ser, ao nível dos princípios, a supremacia do direito internacional. Tal solução apresenta-se, em concreto, frequentemente enfraquecida por preocupações soberanistas, que conduzem à consagração do chamado primado moderado, nos termos do qual ao direito internacional é reconhecido valor supralegal mas infraconstitucional. Uma opção muito censurável, pois

O PROBLEMA DO PRIMADO NÃO É EXCLUSIVO DO DIREITO COMUNITÁRIO, JÁ ANTERIORMENTE SE COLOCANDO NO PLANO DO RELACIONAMENTO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO. E TAMBÉM AÍ A RESPOSTA LÓGICA TEM DE SER, AO NÍVEL DOS PRINCÍPIOS, A SUPREMACIA DO DIREITO INTERNACIONAL.

não só deixa o problema de fundo por resolver, como sujeita o Estado a uma eventual responsabilidade internacional decorrente da violação de obrigações internacionais livremente assumidas, mas contraditórias com a sua lei fundamental (é o que sucede, *v.g.*, com o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição de 1976).

**XVII.** O monismo moderado baseia-se, desde logo, num pressuposto errado: o da incontornável inaceitabilidade teórica da supraconstitucionalidade do direito internacional, que a ser admitida colocaria em causa a própria índole soberana do Estado. Sejamos claros: no plano dos conceitos nada há que obste à aceitação dessa supraconstitucionalidade. Desde logo, se ela resultar de uma expressa autorização constitucional, como sucede, por exemplo, com a Constituição holandesa, que acolhe no seu artigo 91.º, n.º 3, tal possibilidade, ao dizer que «quaisquer cláusulas de um tratado que colidam com a Constituição têm de ser aprovadas pela Câmaras dos Estados Gerais por maioria de dois terços dos votos». Também é esse o caso, embora num registo algo distinto, da Constituição portuguesa, que abre as portas, em duas situações, à vigência de normas de direito internacional incompatíveis com a lei fundamental: primeiro, ao estabelecer, no artigo 277.º, n.º 2, que «a inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa,



desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental»; depois, ao prever no artigo 279.º, n.º 4, a possibilidade de ratificação de um tratado integrando normas consideradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, caso a Assembleia da República o aprove por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções.

**XVIII.** A supraconstitucionalidade das normas de direito internacional pode ainda fundar-se na própria natureza de algumas delas, como ocorre com as que estabelecem os fundamentos estruturantes da ordem jurídica internacional. Daí que também a Constituição portuguesa se adapte a tal realidade, não questionando a sua subordinação ao direito internacional geral e às normas de «*ius cogens*» os quais, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º da nossa lei fundamental «fazem parte integrante do direito português». Uma questão que, note-se, pode colocar-se no que diz respeito ao surgimento de regras de origem consuetudinária, ainda que o nosso país não tenha estado envolvido na respectiva formação ou haja inclusive manifestado a sua oposição no decurso do processo da sua criação.

**XIX.** Para concluir este ponto, retornemos brevemente à questão do primado do direito comunitário, por forma a estabelecer a sua ligação com o conceito de igualdade, o qual se encontra no âmago de toda a arquitectura da construção europeia e cuja expressão se torna visível, «*prima facie*», no artigo 12.º do Tratado CEE<sup>18</sup>, normativo que taxativamente veda «toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade»<sup>19</sup>. Aliás, idêntica preocupação sustenta outras matérias constantes do Tratado da União Europeia, como é o caso da instituição de uma cidadania comum, da facilitação da livre circulação de pessoas, da criação de uma união cada vez mais estreita ou da garantia da aproximação entre o processo de decisão comunitária e os cidadãos. E é ainda essa ideia de igualdade que influencia a definição dos modos de decisão no Conselho, o funcionamento da PESC e da PESD, a composição da Comissão ou o regime linguístico. Ora, se a recusa em aceitar o primado absoluto já não tem sentido numa realidade que apresenta muitos elementos relevando do conceito de «*gesellschaft*», como ocorre com a comunidade internacional<sup>20</sup>, por maioria de razão tal atitude é ontologicamente insustentável numa construção enquadrável no conceito de «*gemeinschaft*» como sempre ocorreu com as Comunidades Europeias, primeiro, e sucede agora com a União Europeia. Em suma: o princípio da igualdade tem de ser assumido nas suas diversas vertentes – no plano institucional, com expressão concreta a propósito da determinação do poder relativo dos Estados ou na forma da sua representação nos órgãos comunitários; no plano normativo, por via da sustentação da indispensabilidade da aplicação idêntica, em todo o espaço europeu, do direito comunitário.

## **O PROBLEMA DA SOBERANIA**

**XX.** Equacionada a questão do primado, é tempo de passar à análise das implicações da sua expressa consagração no projecto de «Constituição Europeia», a qual poria em causa, segundo certas opiniões, a natureza soberana do Estado português, por via da degradação do valor das normas da Constituição da República. Os problemas suscitados são demasiado complexos para se proceder à sua completa inventariação num trabalho desta índole, mas há algumas questões que não podem deixar de ser dilucidadas, mesmo que com brevidade, como as que se prendem

com a caracterização jurídica da «Constituição Europeia», com a clarificação da natureza jurídico-política da União ou com a articulação entre o princípio do primado e outras cláusulas contidas no tratado.

**XXI.** A primeira clarificação a que importa proceder é a de que, pese embora a designação que lhe foi atribuída, o documento aprovado pela Convenção Europeia não é uma Constituição. Não se julgue, contudo, que estamos perante um procedimento inédito no quadro das organizações internacionais. Assim, o tratado institutivo da OIT, concluído em 1919, e formando parte integrante do Tratado de Versalhes, denomina-se justamente Constituição. No plano técnico-jurídico trata-se, porém, de uma evidente incorrecção. Do nosso ponto de vista, e apesar da controvérsia jurídica que tem vindo a estabelecer-se nesta matéria, continuamos a considerar que o conceito de Constituição apresenta uma ligação inquebrantável com o Estado, traduzindo o exercício de um poder constituinte próprio, que se concretiza na organização jurídico-política do Estado, quer dizer, na definição da sua estrutura, na delimitação das suas funções, na conformação do poder político ou na determinação do catálogo dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por seu lado, as organizações internacionais – e a União Europeia é uma organização internacional, embora apresentando características muito particulares – são reguladas por regras constantes dos tratados que as criam, como justamente sempre sucede com a integração europeia. Relembre-se que as Comunidades Europeias decorrem de tratados, que a sua transformação em União Europeia ocorreu por via de um tratado e que é um tratado que eventualmente aprovará a «Constituição Europeia», com tudo o que tal significa em termos do regime jurídico – de direito comunitário, mas também de direito internacional – a que ficam sujeitos.

**XXII.** Há muito que o processo europeu envolve aspectos de natureza para-constitucional – ou, como outros preferem dizer, opções materialmente constitucionais –, de que a moeda única constitui exemplo primeiro. De resto, não custa reconhecer que o projecto de «Constituição Europeia» dá mais alguns passos concretos nesse sentido. Mas isso não justifica a confusão de planos. A Constituição envolve uma prerrogativa jurídico-política de auto-organização que apenas se encontra na disponibilidade dos Estados. O tratado institutivo de uma organização

internacional resulta de uma decisão de heteroconformação das suas atribuições e competências. Uma coisa são as características formais do poder e da legitimidade subjacente à prática de um dado acto. Outra coisa, bem diferente, é a natureza intrínseca das matérias que esse acto abrange. A índole materialmente constitucional das disposições integrantes dos tratados euro-

AO DOCUMENTO APROVADO PELA CONVENÇÃO EUROPEIA CONTINUA A FALTAR O ELEMENTO DETERMINANTE PARA O RECONHECIMENTO DESSA NATUREZA CONSTITUCIONAL: O EXERCÍCIO DE UM PODER CONSTITUINTE, DE QUE A UNIÃO EUROPEIA CONTINUA A NÃO SER DOTADA.

peus – coisa que não constitui inovação do projecto de «Constituição Europeia», mas que sempre sucedeu – não tem de implicar a sua automática classificação como constitucional. Ao documento aprovado pela Convenção Europeia continua a faltar o elemento determinante para o reconhecimento dessa natureza constitucional: o exercício de um poder constituinte, de que a União Europeia continua a não ser dotada.

**XXIII.** No caso do documento aprovado pela Convenção, o recurso ao termo Constituição reveste-se de uma específica significação política, que visa incutir a ideia de uma dinâmica direccionada no



sentido federalizador. Só que a uma assumida imprecisão conceptual não é correcto contrapor uma argumentação enviesada, que pretende, também fundamentalmente por motivos políticos, incluir uma realidade numa categoria em que se não encaixa. Não parece, aliás, que a insistência numa determinada terminologia tenha trazido qualquer benefício, pois gerou críticas e deu azo a polémicas perfeitamente evitáveis. Claramente preferível se apresentava o acolhimento de uma expressão do tipo «Tratado Constitucional»<sup>21</sup> – proposta que esteve em cima da mesa negocial –, a qual teria a vantagem de manter a perspectiva de abertura e de originalidade tão características do processo europeu e que teria permitido atingir, na substância, os mesmos resultados, sem suscitar as oposições e os antagonismos que a «Constituição Europeia» desencadeou.

**XXIV.** A análise do estatuto jurídico-político da União Europeia permite-nos também determinar, com linearidade, o que ela não. E ela não é uma entidade estadual, por dela se encontrarem ausentes os elementos essenciais delimitadores desse conceito. Desde logo, a União não tem povo<sup>22</sup>, pois que a cidadania europeia é uma realidade de carácter parcial e mera consequência reflexa do gozo da nacionalidade de um Estado-membro<sup>23</sup>. Por outro lado, a União não tem território, mas tão-só uma área geográfica delimitadora do exercício das suas atribuições, a qual corresponde à soma das parcelas dos territórios dos Estados-membros onde os tratados institutivos são aplicáveis<sup>24</sup>. Sublinhe-se a importância desta conclusão, porque ao não dispor de um espaço territorial sobre o qual exerça uma autoridade de domínio, a União não pode estabelecer uma relação directa de imposição face às pessoas e aos bens abrangidos pela competência dos seus órgãos, dependendo inteiramente dos Estados-membros e das respectivas estruturas políticas, administrativas e judiciais para assegurar a adequada aplicação do direito comunitário<sup>25</sup>.

**XXV.** Detenhamo-nos, por fim, no terceiro elemento do Estado – o poder político. E, a este respeito, o que importa sublinhar – ao invés do que alguns voluntaristicamente pretendem fazer crer – é que não existe um originário poder político europeu. A União Europeia dispõe de um conjunto de competências conformadas pelo recurso ao princípio da atribuição, em virtude do qual, como estabelece o artigo 9.º, n.º 2, do projecto de «Constituição Europeia», a «União actua nos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído na Constituição, a fim de alcançar os objectivos por esta fixados»<sup>26</sup>. Também isso serve para confirmar que a União Europeia não goza de qualquer prerrogativa soberana; que não dispõe de poderes constituintes; e que não exerce a chamada «Kompetenz kompetenz». É aos Estados-membros, e apenas a eles, que compete a tarefa de determinar as atribuições primárias da União Europeia, que assim fica colocada numa situação de evidente subordinação jurídico-política.

**XXVI.** A clara distinção entre a «competência das competências» de que os Estados se encontram dotados e a «competência de atribuição» da União Europeia não deixa, repita-se, nenhuma dúvida quanto à natureza soberana dos Estados que a integram e à ausência de um poder político autónomo da própria União. Ora, tal conclusão não pode evidentemente deixar de ter consequências directas no que à «Constituição Europeia» concerne, fazendo com que a vinculação de qualquer Estado-membro não envolva, de todo em todo, qualquer atentado ao respectivo estatuto político-constitucional. Ao invés, o facto de a aceitação jurídica do tratado que a aprova se processar através da utilização dos mecanismos para isso especificamente estabelecidos em cada ordenamento jurídico, e não mediante o recurso a qualquer processo constitucional fundacional, reforça a ideia de que a legitimidade dessa «Constituição Europeia»

e da União que nela se baseia continuará a radicar na «autorização» expressamente concedida pelos Estados-membros, no exercício das prerrogativas soberanas que retêm.

**XXVII.** A questão da «competência de atribuição» é igualmente relevante para compreender a natureza da relação estabelecida entre o direito europeu e os direitos nacionais. De facto, uma leitura mais ligeira do artigo 10.º, n.º 1, da «Constituição Europeia» poderia levar à conclusão de que tanto ela quanto o restante direito comunitário primariam sobre o conjunto das Constituições e do direito ordinário dos Estados-membros, no que constituiria a consagração de uma solução tipicamente federal. Mas não é esse o sentido daquele dispositivo, que tão-só aponta para a supremacia das normas de direito europeu sobre as normas de direito estadual – incluindo necessariamente, como acima se viu, sobre as normas de natureza constitucional – nos domínios em que a União exerce essas «competências de atribuição». Não estamos portanto em face de uma supremacia sistémica, isto é, do direito europeu como um todo sobre a globalidade do direito nacional – essa sim, reitera-se, uma opção que consubstanciaria uma evolução no sentido do modelo federal. Em causa está apenas a lógica supremacia das normas emanadas dos órgãos europeus, no estrito exercício dos poderes que os Estados livremente transferiram para a União, e cuja alocação poderão sempre de comum acordo redefinir, nomeadamente através da utilização do processo de revisão do tratado que aprova a «Constituição Europeia».

**XXVIII.** Em vez de enveredar por uma alegada deriva soberanística, a «Constituição Europeia» vai até mais longe do que os actuais tratados no que diz respeito à protecção do estatuto jurídico dos Estados. Exemplo substantivo disso pode encontrar-se na definição de uma espécie de domínio reservado estadual – destinado a operar como limite absoluto à acção da União –, o qual se encontra acolhido no artigo 5.º, n.º 1, quando se impõe à União o respeito pela «identidade nacional dos Estados-membros, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles»<sup>27</sup>, bem como o respeito pelas «funções essenciais do Estado»<sup>28</sup>, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, manter a ordem pública e salvaguardar a segurança interna»<sup>29</sup>. Embora com um alcance muito mais vasto, esta norma fornece alguns elementos úteis no quadro da interpretação do princípio do primado, impondo a articulação das consequências da sua consagração com o integral respeito pelos princípios e

valores fundamentais da Constituição de cada Estado-membro e a necessária salvaguarda da exclusividade do exercício das tarefas básicas de soberania. Em consonância com esta linha argumentativa, veja-se como a União Europeia continua a ver-se privada dos meios necessários para garantir a ordem pública ou para fazer a guerra, atributos essenciais de qualquer entidade soberana.

PELA PRIMEIRA VEZ É INSERIDA AO NÍVEL DO DIREITO COMUNITÁRIO ORIGINÁRIO UMA CLÁUSULA QUE CONSAGRA OS TERMOS EM QUE PODE PROCESSAR-SE A RETIRADA VOLUNTÁRIA DOS ESTADOS-MEMBROS – DORAVANTE CONFIGURADA COMO UM VERDADEIRO DIREITO INDIVIDUAL DE CADA UM.

**XXIX.** Um outro contributo importante trazido, neste quadro, pela «Constituição Europeia», prende-se com o ponto final que coloca na tradicional querela doutrinária relacionada com a natureza definitiva ou temporária da relação entre a União e os Estados-membros. Pela primeira vez é inserida ao nível do direito comunitário originário uma cláusula que consagra os termos em que pode processar-se a retirada voluntária dos Estados-membros – doravante configurada como um

verdadeiro direito individual de cada um – e que, implicando a conclusão de um acordo específico com a União, há-de processar-se «em conformidade com as respectivas normas constitucionais» (artigo 59.º da «Constituição Europeia»). Sabendo-se como é generalizada a convicção de que uma das marcas essenciais do Estado Federal é a inexistência do direito de secessão, a consagração da figura da retirada e a conformação jurídica que apresenta afastam definitivamente perturbadoras interrogações que a alguns atormentavam em matéria de federalismo.

**XXX.** Invoca-se ainda, como derradeiro argumento, que à elaboração da «Constituição Europeia» subjaz um processo destituído de qualquer legitimidade democrática, consequência do facto de a Convenção Europeia ter sido apenas integrada por membros indicados, os quais não podem ser considerados, para aquele efeito, como representantes autorizados dos povos dos Estados integrantes da União<sup>30</sup>. Nessa linha, defende-se ser de todo inaceitável que um documento a que se quer atribuir natureza constitucional e que, ainda para mais, se destinaria a prevalecer sobre as leis fundamentais nacionais, tenha uma génese a que se encontram alheios, directamente ou por via representativa, os cidadãos titulares do poder político.

**XXXI.** O raciocínio assim expendido é, a vários títulos, impreciso. Em primeiro lugar, não deixa de ser paradoxal que se acuse de falta de legitimidade aquele que foi o processo de criação de direito comunitário originário mais participado de sempre. Na verdade, enquanto os anteriores tratados constitutivos resultaram exclusivamente de um processo de negociações diplomáticas, a decisão aprovada em 2001 no Conselho Europeu de Laeken<sup>31</sup> definiu – precisamente para acrescer a democraticidade do processo – que a fase de discussão puramente interestadual fosse antecedida por um debate mais participado, envolvendo representantes do Parlamento Europeu, da Comissão, dos governos e dos parlamentos nacionais, no âmbito daquilo a que se chamou a Convenção Europeia sobre o Futuro da Europa. Em segundo lugar, é óbvio que o documento elaborado pela Convenção mais não é do que uma proposta de trabalho dirigida ao Conselho Europeu. A legitimidade democrática de uma futura «Constituição Europeia» resultará, como não poderia deixar de ser, da vontade individual de cada Estado-membro, traduzida na sua participação na Conferência Intergovernamental e na livre e solene vinculação ao tratado que a aprovar. Por fim, é interessante atentar no facto de as interrogações sobre uma pretensa falta de legitimidade democrática da «Constituição Europeia» serem suscitadas em Portugal, país que subscreveu em 1992 um inconstitucional Tratado de Maastricht e que assinou em 1998 um inconstitucional Estatuto de Roma, obrigando em ambos os casos ao desenrolar de processos de alteração extraordinária da Constituição em ordem a adaptá-la a esses dois instrumentos internacionais.

**XXXII.** Isto dito, é forçoso reconhecer que a «Constituição Europeia» coloca um problema com implicações tanto no campo da decisão política quanto no domínio da articulação jurídica. De facto, algumas das suas disposições, nomeadamente a expressa consagração do princípio do primado pelo amplamente referido artigo 10.º, n.º 1, impossibilitam que se continue a viver na situação de semanticidade constitucional a que acima se aludiu e determinam que o Estado português se comprometa, agora de modo transparente, com aquilo que nos últimos dezoito anos tem aceite de forma enviesada. Colocam-se pois dois problemas lógica e cronologicamente distintos. Primeiro, a ocorrência de uma revisão constitucional, sem o que a ratificação da «Constituição Europeia» não poderá ter lugar. Depois, a escolha da melhor via para decidir acerca dessa mesma ratificação.

**XXXIII.** Se quanto à revisão constitucional nenhuma dúvida se coloca, pois ela há-de decorrer nos termos estabelecidos pela própria lei fundamental, no que diz respeito ao segundo momento existem, como é sabido, duas hipóteses alternativas: ou a via referendária ou o recurso aos normais mecanismos de democracia representativa. A opção pelo referendo, contemplável face à terminologia utilizada pelo n.º 5 do artigo 115.º da Constituição portuguesa, tem vindo a ser amplamente defendida e apresentaria evidentes mais-valias, na medida em que permitiria colocar um ponto final nas frequentes acusações de falta de legitimidade democrática da participação nacional no processo de integração europeia. Tratar-se-ia de retomar uma possibilidade suscitada em 1999 a propósito do Tratado de Amesterdão e que então se não consumou devido ao facto de o Tribunal Constitucional se ter pronunciado pela inconstitucionalidade da proposta oriunda da Assembleia da República. Já a segunda solução traduziria uma repetição daquilo que sucedeu com a vinculação originária em 1986 e com as posteriores ratificações do Acto Único Europeu, do Tratado de Maastricht, do Tratado de Amesterdão e do Tratado de Nice, consubstanciando-se no desenrolar do processo constitucionalmente definido de intervenção do Governo no momento das negociações na Conferência Intergovernamental, de aprovação do tratado pela Assembleia da República e de definitiva vinculação como consequência da livre decisão do Presidente da República.

**XXXIV.** Enveredar por uma das soluções alvitradas é uma escolha que se coloca no plano da oportunidade política e não da exigibilidade jurídico-constitucional. Com efeito, apenas num caso – o da regionalização – a lei fundamental portuguesa faz depender a entrada em vigor de um determinado acto da prévia realização de uma consulta nacional. Daí que, se por razões de ordem política – ligadas, por exemplo, à falta de acordo entre os órgãos de soberania intervenientes – ou de natureza jurídica – decorrentes, *v.g.*, de uma apreciação negativa da jurisdição constitucional – um referendo incidente sobre a «Constituição Europeia» não viesse a realizar-se entre nós, nem por isso o processo de vinculação seria beliscado na sua valia jurídica e política. Este ponto é, parece-nos, central: a ocorrência de uma consulta popular pode constituir, em determinadas circunstâncias, a solução politicamente mais apta a dar solidez a uma decisão de evidente relevância nacional. Mas daí não decorre, em caso algum, que a simples intervenção dos órgãos de soberania conduza a uma deficiente legitimação dessa mesma decisão.

**XXXV.** O derradeiro comentário tem que ver com o modo como a questão do referendo tem sido colocada entre nós. É significativo que muitos daqueles que exigem a realização, a todo o custo, de um referendo europeu – o qual apresentaria, ao menos no que se refere ao tratado actualmente em apreciação, natureza constitucional – são com frequência os mesmos que sempre se opuseram à consagração da figura do referendo constitucional. Trata-se de um posicionamento cuja coerência se não vislumbra. Não se pode sustentar que decisões constitucionalmente centrais como, por exemplo, as que se relacionem com a configuração estrutural do Estado português ou com as características do sistema de governo devem apenas ser colocadas na órbita da legitimidade representativa do Parlamento e, ao mesmo tempo, defender que uma mudança bem menos relevante – tanto ao nível dos princípios quanto das suas consequências práticas –, como a que se relaciona com a expressa aceitação do princípio do primado, só será legítima se previamente autorizada por referendo. **RI**

**1** Na medida em que, pelas razões que adiante se aduzirão, é nossa convicção que o documento elaborado pela Convenção é imprecisamente designado por Constituição Europeia, colocaremos sempre essa denominação entre aspas.

**2** A teoria dos poderes implícitos, não sendo exclusiva do processo de integração europeia – pense-se, por exemplo, no que sucedeu com a ampliação das competências das Nações Unidas com base numa generosa interpretação do artigo 2.º, n.º 7, da Carta de São Francisco, situação que motivou aliás um aceso debate entre Portugal e a organização – tem vindo a assumir um relevo particular nesse quadro, por via de uma tradicionalmente muito extensiva aplicação dos critérios constantes do artigo 308.º do tratado (inicialmente o conhecido artigo 235.º), que favorece sistematicamente o alargamento das atribuições da Comunidade e da União. Segundo alguns autores, a questão dos poderes implícitos veio até a receber um reforço importante com a introdução, pelo Tratado de Maastricht, do artigo 6.º, n.º 4, segundo o qual a União se dotará «dos meios necessários para atingir os seus objectivos e realizar com êxito as suas políticas».

**3** A redacção do artigo passaria a ser: «A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas prima sobre o direito ordinário dos Estados-membros».

**4** As frases colocadas entre aspas foram retiradas do texto da petição.

**5** O presente artigo pretende ser uma reflexão pessoal sobre algumas das questões suscitadas pelo artigo 10.º, n.º 1, do projecto de tratado. É isso que explica a razão pela qual decidimos não fazer dele uma exposição alargada dos pontos de vista doutrinários relativos aos diversos temas abordados e optar, em consequência, por uma total ausência de notas bibliográficas ou citações.

**6** In *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, 1962-1964, p. 549 e seguintes.

**7** In *Colectânea*, 1969-1970, p. 625 e seguintes.

**8** In *Colectânea*, 1978, p. 243 e seguintes.

**9** Mais recentemente, no Acórdão *Larsy/Inasti*, o Tribunal veio novamente considerar que «é incompatível com as exigências inerentes à própria natureza do direito comunitário qualquer norma de uma ordem jurídica nacional ou qualquer prática legislativa, administrativa ou judicial que tenha por consequência a diminuição da eficácia do direito comunitário, pelo facto de recusar ao juiz

competente para a aplicação, fazer tudo o que seja necessário para afastar as disposições legislativas nacionais que constituam, eventualmente, um obstáculo, ainda que temporário, à plena eficácia das normas comunitárias. Este princípio do primado do direito comunitário obriga não somente os órgãos jurisdicionais, mas todas as autoridades do Estado-membro, a dar pleno efeito às normas comunitárias» (in *Colectânea*, Parte I – Tribunal de Justiça, 2001-6, p. 5063 e seguintes).

**10** In *Colectânea*, 1996-I, p. 3258.

**11** In *Colectânea*, Parte I – Tribunal de Justiça, 2000-1, p. 69 e seguintes.

**12** Dispõe o artigo 12.º, n.º 4, da *Grundgesetz* que «se, em situação de defesa, as necessidades em serviços civis dos estabelecimentos sanitários civis e dos hospitais militares fixos não puderem ser cobertas com base em voluntariado, poderão ser afectadas a esses serviços, por lei ou por virtude de uma lei, as mulheres com idades compreendidas entre os dezoito e os cinquenta anos. Não deverão em caso algum prestar serviço armado» (itálico nosso).

**13** Para além das decisões citadas, pode ainda consultar-se o Acórdão *Factortame* (*Colectânea*, 1990-6, Parte I, p. 2433 e seguintes).

**14** Estamos evidentemente a aludir aos termos em que a questão foi colocada no conhecido Acórdão *Nold*, de 14 de Maio de 1974.

**15** De acordo com os Critérios de Copenhaga, a adesão à União Europeia pressupõe a existência de uma Constituição democrática estável, o respeito pelos direitos humanos, a realização do Estado de Direito e a protecção dos direitos das minorias.

**16** Sublinhado nosso.

**17** A propósito desta questão, um dos projectos de revisão constitucional apresentados em 2003 – o do PSD/CDS-PP – propôs a inserção de um novo n.º 3 do artigo 8.º, com a seguinte redacção: «As normas da Constituição Europeia e o direito adoptado pelas instituições da União Europeia, no exercício das competências que lhes são atribuídas, vigoram directamente na ordem interna e prevalecem sobre as normas de direito interno, sem prejuízo do respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático expressos na Constituição».

**18** Era inicialmente o artigo 7.º

**19** De idêntica forma dispõe o artigo 4.º, n.º 2, do projecto de «Constituição Europeia».

**20** A que muitos preferem, exactamente por isso, chamar sociedade em vez de comunidade.

**21** Em coerência com as opiniões expendidas, deveríamos concluir que a expressão Tratado Constitucional constitui uma contradição nos próprios termos. A nosso ver, ela teria porém duas vantagens: conciliaria as características do processo de vinculação internacional com a natureza constitucional de algumas matérias nele contidas; manteria a fidelidade às ideias de originalidade e de abertura sempre definidoras do modelo da integração europeia.

**22** Aliás, é sintomático que o preâmbulo do tratado fale em «Povos da Europa».

**23** É o que estabelece actualmente o artigo 17.º, n.º 1, do tratado que institui a Comunidade Europeia e o que prevê o artigo 8.º, n.º 1, do projecto de «Constituição Europeia».

**24** Veja-se o artigo 299.º do tratado que institui a Comunidade Europeia e artigo IV-4.º do projecto de «Constituição Europeia».

**25** Nesse sentido dispõe o artigo 10.º, n.º 2, do projecto de «Constituição Europeia».

**26** Na mesma linha, o artigo 1.º, n.º 1, diz que os Estados-membros atribuem à União competências para atingirem os seus objectivos comuns.

**27** Sublinhado nosso.

**28** Sublinhado nosso.

**29** Tributário do mesmo raciocínio é o artigo II-53.º, que impõe a interpretação das disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União em consonância com o que nesta matéria dispõem as Constituições dos Estados-membros.

**30** Raciocínio que não deixa de ser curioso, quando se tem em mente que um dos órgãos europeus participantes é directamente escolhido pelos povos europeus – o Parlamento Europeu – e que os deputados nacionais são democraticamente eleitos pelos cidadãos dos seus países.

**31** Aqui chegados, importa recordar que é a própria decisão do Conselho Europeu de Laeken que lança para o debate da Convenção a ideia de Constituição, nos seguintes termos: *Por último, coloca-se a questão de saber se esta simplificação e reestruturação não deveriam conduzir, a prazo, à adopção de um texto constitucional. Quais deverão ser os elementos de base dessa Constituição? Os valores defendidos pela União Europeia, os direitos fundamentais e as obrigações dos cidadãos, as relações dos Estados-membros da União?*