

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE
INFANTE D. HENRIQUE

**O DIREITO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS - RUMO A UMA
EVENTUAL CONSTITUCIONALIZAÇÃO?**

Maria Manuela Dias Marques de Magalhães Silva

Dissertação orientada pelo Professor Doutor J. da Silva
Cunha, professor jubilado do Instituto Superior de
Ciências Sociais e Políticas e da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, Director do Departamento de
Direito da Universidade Portucalense - Infante D.
Henrique, para obtenção do grau de Doutor em Direito
(Ciências Jurídico-Políticas)

Dezembro 2002

AGRADECIMENTOS

Queremos deixar aqui, como é nosso dever, os nossos agradecimentos a pessoas e instituições que muito contribuíram para que este trabalho se realizasse. Em primeiro lugar, o nosso agradecimento vai para o Professor Doutor Joaquim da Silva Cunha, orientador desta dissertação, a cujos conselhos e sugestões aliados à sua inteira disponibilidade, conhecimentos e experiência, acrescidos sempre de um amável e permanente incitamento, devemos a realização deste trabalho. Expressamos também o nosso agradecimento à Universidade Portucalense-Infante D. Henrique nas pessoas do Seu Reitor, Professor Doutor Francisco da Costa Durão e do Director do Departamento de Direito, Professor Doutor Joaquim da Silva Cunha pela colaboração e apoio concedido ao longo destes anos de investigação, aos Professores Rui Moura Ramos, Doutor em Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Juiz do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, Manuel Afonso Vaz, Doutor em Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e Antonio-Carlos Pereira Menaut, titular da Cátedra *Jean Monet*, de Direito Constitucional Europeu da Universidade de Santiago de Compostela, que nos receberam, e tiveram sempre a amabilidade de esclarecer todas as dúvidas que lhes colocámos, bem como ainda de fazer algumas sugestões bibliográficas. Ao Dr. Joaquín Ibáñez, professor de Direito Internacional Público e responsável pelos programas europeus da Universidade Afonso X *El Sábio*, em Madrid, pelo auxílio que concedeu na investigação bibliográfica que efectuámos naquela Universidade bem como na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, durante uma estadia aí efectuada ao abrigo do Programa *Erasmus*. Às Mestres Dora Resende Alves e Fernanda Rebelo, nossas colegas e amigas, que nos auxiliaram na correcção e processamento de texto, bem como ao Professor Doutor Reis Lima e ao Mestre Paulo Sérgio Costa pela preciosa colaboração que prestaram colocando à nossa disposição o programa *End Note* o que facilitou as citações e a indicação bibliográfica final. E ainda a todos os funcionários das bibliotecas onde nos deslocámos, tais como da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, da

Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, e ainda da Universidade Portucalense.

Por último, um agradecimento a todos (familiares, amigos e colegas) que, de forma directa ou indirecta, me apoiaram nesta tarefa e de me deram força para superar todos os obstáculos inerentes à mesma.

A todos os nossos agradecimentos.

Porto, Dezembro de 2002

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AIDI	Annuaire de l’Institut de Droit International
ALCA	Área de Livre Comércio das Américas
ASEAN	Associação das Nações do Sueste Asiático
B.M.J.	Boletim do Ministério da Justiça
B.O.E.	Boletim Oficial de Espanha
C.E.	Comunidade Europeia
C.E.C.A.	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
C.E.E.	Comunidade Económica Europeia
C.E.E.A.	Comunidade Europeia da Energia Atómica
Cfr.	Confrontar
cit.	Citado(a)
(coord.)	Coordenação
C.P.A.	Court Permanent d’Arbitrage
C.R.P.	Constituição da República Portuguesa
D.R.	Diário da República

DTC	Decisão do Tribunal Constitucional
ed. (Ed.)	Edição ou editado(a) ou editor(a)
(eds.)	Editores
E.E.E.	Espaço Económico Europeu
E.F.T.A.	Associação Europeia de Comércio Livre
E.U.A.	Estados Unidos da América
J.O.C.E.	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
L.O.T.C.	Lei Orgânica do Tribunal Constitucional
Mercosul	Mercado Comum do Sul
NAFTA	Acordo de Livre Comércio da América do Norte
N.U.	Nações Unidas
(org.)	Organização
O.U.A.	Organização da Unidade Africana
PCIJ Reports	Permanent Court of International Justice Reports
O.C.D.E.	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico
O.E.C.E.	Organização Europeia de Cooperação Económica

O.I.T.	Organização Internacional do Trabalho
O.L.P.	Organização para a Libertação da Palestina
O.N.U.	Organização das Nações Unidas
R.F.A.	República Federal Alemã
R.J.C.	Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes
RSANU	Recueil des Sentences Arbitrales publicado pelas Nações Unidas
S.D.N.	Sociedade das Nações
STC	Sentença do Tribunal Constitucional
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
T.C.E.	Tratado das Comunidades Europeias
T.C.E.E.	Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia
T.I.J.	Tribunal Internacional de Justiça
T.J.C.E.	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
T.P.J.I.	Tribunal Permanente de Justiça Internacional
T.U.E.	Tratado da União Europeia

U.E. União Europeia

U.E.M. União Económica e Monetária

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

PARTE I

DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

PARTE II

DIREITO COMUNITÁRIO E DIREITO INTERNO

PARTE III

A INTEGRAÇÃO

PARTE IV

OS ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMUNITÁRIO

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é produto de uma investigação, levada a cabo durante os últimos anos, sobre a análise de problemas constitucionais resultantes da integração na Comunidade Europeia. Estamos convictos de que se trata de um trabalho que, por certo, gerará múltiplas divergências uma vez que é um tema recente e ainda não suficientemente elaborado pela doutrina. Muitas dessas divergências foram vividas pela autora destas páginas e como tal poucas certezas poderá oferecer. No entanto, a escassa elaboração do tema e a riqueza dialéctica que encerra animaram a realização deste trabalho com o objectivo de gerar um certo debate. Nele não se pretende fazer um tratamento exaustivo de cada um dos elementos abordados, mas apenas pôr em evidência a sua existência, salientando os aspectos mais relevantes ou problemáticos. Desde há várias décadas, mas sobretudo a partir da aprovação do Tratado de Maastricht, em 1992, que o debate em torno da União Europeia, tem vindo a desenrolar-se num cenário nitidamente político-constitucional, este debate parece pouco de acordo com o facto de não existir ainda uma Constituição Europeia formalizada e por outro lado, com a inserção das Comunidades Europeias na categoria das organizações internacionais (incluindo as de integração). Esta discordância, no campo científico, tem sido mitigada pelo surgimento de uma nova disciplina jurídica que é o Direito Comunitário.

A efervescência das questões relacionadas com a integração europeia, aliada às sugestões feitas pelo Professor Doutor Joaquim da Silva Cunha, nosso ilustre orientador, e ao nosso interesse desde há vários anos pelos temas europeus e constitucionais, levaram-nos a iniciar esta investigação que culmina hoje nesta dissertação.

Existem diferentes níveis quanto à intensidade e profundidade da integração na União Europeia, no entanto, a nossa pretensão foi a de analisar o percurso dessa integração, cujo objectivo final é alcançar a união política, e a questão que formulámos inicialmente foi a de saber se essa integração não levará à existência de uma Constituição europeia, mas mais precisamente se não se encontram já elementos da mesma, no caminho até agora percorrido.

Este trabalho está estruturado em várias partes. Na primeira iniciaremos uma análise da relação existente entre o Direito Internacional e o Direito interno dos Estados, e para alcançar esta meta faremos uma exposição que abordará as diversas posições doutrinárias

dominantes, assim como as questões da aplicabilidade directa das normas de Direito Internacional e da hierarquia das mesmas face ao Direito estadual. Nesta análise iremos considerar não só a posição do ponto de vista internacional, como do ponto de vista do direito comparado e finalmente do ponto de vista da actual Constituição da República Portuguesa.

Na segunda parte trataremos a relação entre o Direito Comunitário e o Direito interno, abordando também as questões da aplicabilidade e da hierarquia, não só numa perspectiva doutrinária e de direito comparado mas também jurisprudencial e terminando com a abordagem constitucional.

Na terceira parte iremos então estudar o percurso da integração nas Comunidades começando por ver o que se pretendia e o que já se atingiu. De seguida iremos analisar se a soberania dos Estados não é posta em causa por aquele processo de integração. Exporemos também os vários modelos de organização política (federalismo, confederação e organização internacional), dentro destes tipos tentaremos então apurar que natureza assumem, hoje em dia, as Comunidades Europeias, se de organização internacional, ou se estão a caminho da confederação ou federação.

Na quarta parte veremos o que se entende por Constituição, os seus sentidos possíveis, quais os elementos constitucionais essenciais, se já existem no seio do Direito Comunitário, e como tal se poderemos falar na existência de uma Constituição Europeia ou apenas em Constituição em sentido material, com base na existência de alguns elementos constitucionais dispersos pelas várias fontes de Direito Comunitário. Por último terminar-se-á com a referência às Conclusões.

Queremos também apresentar as nossas desculpas pelas imperfeições e deficiências deste trabalho, que é fruto de cinco anos de uma investigação que pretendemos sempre que fosse rigorosa e que muito contribuiu para o nosso enriquecimento intelectual.

PARTE I

DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

Enquadramento da questão

A importância das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno dos Estados radica no facto de que a eficácia real do primeiro depende em ampla medida da fidelidade com que os Direitos nacionais se conformem com as normas internacionais e lhes dêem efeito¹.

Os Estados são os destinatários por excelência das normas de Direito Internacional, mas os Estados são pessoas morais, como tal actuam por meio dos seus órgãos que estão sujeitos ao Direito interno do Estado. É essencial, neste sentido, que o Direito nacional facilite o cumprimento do Direito Internacional e, mais ainda, que em caso de conflito, o Direito do

¹ Sobre o tema em geral pode ver-se entre outros: MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 137 e ss.; PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 84 e ss.; DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 194 e ss.; CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 87 e ss.; RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 291 e ss.; COMBACAU, Jean e SUR, Serge - **Droit International Public**. Paris: Editions Montchrestien, E. J. A., 1995, p. 181 e ss.; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2.ª ed. revista. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1995, p. 481 e ss.; TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 221-225; RIDEAU, Joel - **Constitution et Droit International dans les Etats membres des Communautés européennes - Réflexions générales et situation française**. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. N.º 2: (1990), p. 259-296; CONFORTI, Benedetto - **Cours Général de Droit International Public**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Public. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Vol. V, Tome 212: (1988), p. 13-206. REUTER, Paul - **Direito Internacional Público**. Lisboa: Editorial Presença, 1981, p. 35 e ss.; MOREIRA, Adriano - **Direito Internacional Público**. In Estudos Políticos e Sociais - Revista Trimestral do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Vol. X - n.ºs 1-4: (1982), p. 7-200, especialmente p. 30 e ss.; PEREIRA, André Gonçalves - **Curso de Direito Internacional Público**. 2.ª ed., revista e ampliada. Lisboa: Edições Atica, 1970, p. 63 e ss.; LAUTERPACHT, H. - **Règles Générales du Droit de la Paix**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Paris: Librairie du Recueil Sirey. IV tome - 62: (1937), p. 99-324, especialmente p. 129 e ss.; KELSEN, Hans - **Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Paris: Librairie Hachette. Tome 14 - IV: (1926), p. 232-326, especialmente p. 274 e ss..

Estado não seja obstáculo para a observância das normas internacionais. O Direito Internacional contemporâneo já não tem unicamente a função clássica de regular as relações entre Estados e distribuir as competências entre eles, antes atende para além disso ao desenvolvimento dos povos e indivíduos, o que exige uma cooperação em muitas matérias que antes eram assumidas exclusivamente pelos Estados e se regulavam pelo Direito interno.

É certo que a cooperação internacional se institucionalizou em alguns campos e em tais condições o reforço institucional trouxe novas dimensões à questão das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. O reforço institucional pressupõe que aquelas relações se contemplem sob uma óptica nova e algumas organizações internacionais, como as Comunidades Europeias, podem adoptar decisões que produzem efeitos directos no Direito interno, estabelecendo, para além disso, órgãos jurisdicionais que admitem o acesso dos particulares. Mas o reforço institucional não teve lugar em todos os casos e o Direito Internacional ao versar, progressivamente, sobre matérias reguladas tradicionalmente pelo Direito interno dos Estados, tornou as possibilidades de conflito hoje maiores do que no passado e o Direito Internacional necessita, mais do que nunca, apoiar-se nos Direitos nacionais. Estamos, portanto, perante uma matéria de singular importância². A sociedade internacional é composta essencialmente pelos Estados e por outras entidades que participam nas relações internacionais, como a Igreja Católica, certas organizações internacionais, associações de Estados e os próprios indivíduos³. O indivíduo só é sujeito de Direito Internacional quando pode fazer valer, perante alguma instância internacional e contra o próprio Estado de que é nacional, os direitos que as normas de Direito Internacional lhe conferem, não sendo contudo necessário que os possa fazer valer por via jurisdicional⁴.

Esta sociedade contemporânea não pode considerar-se como uma comunidade. Foi-o a Europa cristã ocidental, durante a Idade Média, enquanto nela se manteve a consciência da unidade, produto da religião comum, da tradição cultural e política e da subordinação ao Pontífice. Com o desenvolvimento do Estado Moderno e a perda da unidade religiosa a

² Ver: PASTOR RIDRUEGO, José Antonio - **Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales**. 6.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1996, p. 191-193.

³ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 10 e ss..

⁴ Ver: QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991, p. 398.

comunidade cristã ocidental dissolveu-se. A Europa passou a constituir uma simples sociedade de Estados.

A sociedade internacional é inorganizada, destituída de um sistema centralizado de direcção que assegure a tutela dos interesses comuns. No entanto, existem regras tais como o Direito natural e a moral internacional que determinam os deveres dos homens como membros da sociedade internacional, os costumes ou usos sociais, que no seu conjunto formam a *Comitas Gentium* e que correspondem às regras de cortesia ou de trato social nas relações entre os indivíduos.

Assim, temos uma ordem normativa internacional - o Direito Internacional - que podemos definir como o conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre todos os componentes da sociedade internacional⁵.

O Direito Internacional constitui a ordem jurídica da sociedade internacional, sendo certo que esta representa, essencialmente, a sociedade formada pelos Estados independentes, é evidente que a função típica do Direito Internacional consiste na disciplina jurídica das relações entre Estados⁶.

Há Autores que negam ao conjunto das regras aplicáveis às relações internacionais, o carácter de normas jurídicas. Assim, para Thomas Hobbes, os Estados viviam ainda no estado de natureza, isentos da subordinação a qualquer poder superior. Às suas relações não se aplicaria o Direito positivo, pois este só pode ser definido por uma autoridade superior aos seus destinatários. Para os neo-hegelianos, como Lasson, o Direito Internacional nem sequer teria um carácter normativo, pois seria um simples conjunto de fórmulas a exprimir relações de força entre Estados. Para John Austin, o Direito Internacional não poderia ter natureza jurídica visto não existir autoridade internacional, as suas normas seriam simplesmente normas de moral positiva. Zitelmann considera-o como um Direito imperfeito ou em gestação, porque nele se verificam defeitos capitais quando comparado com o Direito estadual: um número reduzido de matérias, insegurança de muitos dos seus preceitos, grande número de cláusulas que restringem o campo de aplicação das suas normas, a admissibilidade do Direito de represálias e a guerra como processo de protecção e defesa de interesses.

⁵ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 9 e ss..

⁶ Ver: CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit International Public. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344, especialmente p. 25.

Estes Autores partem do reconhecimento do Direito como Direito de subordinação e como na sociedade internacional não existe uma autoridade, um poder que disponha da coerção, como meio de fazer acatar a ordem social, seria impossível a existência de Direito positivo ou pelo menos de Direito positivo perfeito. Mas, o Direito Internacional se não é um Direito de subordinação, é um Direito de coordenação, criado através da cooperação entre os membros de uma sociedade com base em convicções jurídicas comuns. São, precisamente, os caracteres que causam uma certa ineficácia ao Direito Internacional que permitem que ele exista como conceitualmente distinto do Direito interno dos Estados. Estes caracteres têm a ver com a sua elaboração, com a tutela de interesses e com a natureza dos destinatários. Quanto à sua elaboração, a fonte que produz mais abundantemente direito novo é o tratado, que resulta de um acordo de vontades entre Estados, isto é, os seus autores são os próprios destinatários. Por outro lado, a tutela de interesses só poderá ser eficaz mediante a acção directa dos próprios interessados, isto é, mediante autodefesa. Quanto aos seus destinatários são, fundamentalmente, os Estados com as suas ordens jurídicas próprias, daí que o Direito Internacional seja, também, um Direito de sobreposição.

Até há pouco tempo, grande parte da doutrina dividia o Direito Internacional em: Direito Internacional público e Direito Internacional privado. O primeiro definir-se-ia como o conjunto de normas reguladoras das relações entre os Estados ou entre estes e entidades colectivas que com eles convivam na sociedade internacional, bem como os indivíduos, nos casos em que são admitidos a participar, directamente, nas relações internacionais. O segundo seria definido como o conjunto de normas que têm por objecto resolver os conflitos suscitados entre leis de diferentes Estados, quando a mesma relação jurídica é susceptível de ser regulada por ordens jurídicas de dois ou mais Estados. Tanto o Direito Internacional público como o Direito Internacional privado regulariam, portanto, relações entre Estados. Porém, hoje em dia, de um modo geral, a doutrina nega que o Direito Internacional privado seja verdadeiro Direito Internacional. As normas de conflitos que o formam fazem parte do Direito interno de cada Estado. Assim, em sentido rigoroso o Direito Internacional reduz-se ao Direito Internacional público⁷.

Por sua vez o Direito Internacional Público pode subdividir-se em geral ou comum, que é aquele que é formado pelas normas de Direito consuetudinário e princípios gerais de

⁷ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 21 e ss..

Direito comuns “às nações civilizadas”, e particular, que será formado pelo Direito convencional constante de tratados ou acordos internacionais⁸.

O Direito Internacional, como conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre os Estados no plano internacional, reflecte-se nas normas do Direito Constitucional que regulam a estrutura, a organização e o papel dos poderes no Estado, com o fim de assegurar o bom funcionamento dos serviços públicos do Estado, que é o principal actor da vida internacional.

A sociedade internacional existe e actua, principalmente, por intermédio dos Estados e das organizações internacionais criadas por estes mediante um processo de colaboração entre eles, resultante do exercício de prerrogativas soberanas, dos seus direitos imprescritíveis de disporem livremente de si mesmos e de fornecer a sua contribuição à cooperação internacional, como uma das exigências maiores de todos os tempos, sobretudo na idade contemporânea.

Se o Direito Constitucional assegura e consagra o equilíbrio, a harmonia de poderes dentro do Estado, o bom funcionamento de todos os órgãos a fim de consolidar a igualdade, a ordem e a democracia no seu interior, o Direito Internacional consagra a necessidade da cooperação entre os Estados, pela criação de normas do Direito das gentes no sentido da paz, da segurança, do desarmamento, do desenvolvimento, da conquista do espaço, da protecção dos Estados, quer sejam grandes ou pequenos.

O reflexo, cada vez maior, no Direito interno dos Estados, sobretudo no Direito Constitucional, de normas e princípios do Direito Internacional, como por exemplo: os relativos ao respeito dos direitos do homem, à protecção das minorias, etc., demonstra a interferência das normas do Direito Internacional com as do Direito Constitucional, a fim de assegurar uma maior eficácia às normas previstas nestas duas ordens jurídicas.

No que respeita às condições para assegurar a eficácia e aplicação efectiva das normas do Direito Constitucional e do Direito Internacional, o grande jurista romeno que foi Nicolas Titulesco salientava que para além da sanção específica imposta pelo Direito interno, existe no sistema das duas ordens jurídicas, uma força mais importante, que prevalece sobre a sanção brutal da força, e que se trata da “solidariedade criada pelas necessidades sociais”,

⁸ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 26 e ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 813 e ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

sendo um dado que “o Direito interno, assim como o internacional têm uma fonte única: a consciência jurídica dos povos o que confere um carácter obrigatório às regras nascidas da sua solidariedade”.

Sem contestar a existência independente, a funcionalidade e o carácter de autonomia das duas ordens jurídicas, aquele Autor sublinha alguns aspectos da interferência, cada vez mais acentuada, entre as normas do Direito Internacional e as do Direito Constitucional, assim como o facto da sua eficácia se basear, sobretudo, na consciência da solidariedade humana, que decorre das necessidades sociais protegidas pelo Direito, tanto no interior do Estado como no plano internacional⁹.

Hoje existe um Direito Internacional que, ao contrário do clássico ou tradicional que tinha como fundamento necessário e exclusivo a soberania indivisível dos Estados, não se dirige unicamente à soberania dos mesmos, não tem como sujeitos apenas os Estados soberanos, não se esgota numa ordem jurídica moldada pelo princípio do individualismo internacional e portanto não se resume a um Direito de mera coordenação das soberanias estaduais, mas apresenta-se como um Direito de cooperação e interdependência e mais do que isso, de solidariedade não só entre Estados como também entre povos. O Direito Internacional clássico corresponde à forma de encarar o Direito Internacional até à I Grande Guerra e cedeu perante o novo Direito Internacional da solidariedade internacional, onde a problemática da paz, da guerra e da coexistência pacífica não é esquecida, mas está longe de o esgotar.

Dá-se no plano internacional uma evolução similar à que na ordem jurídica interna levou à substituição do Estado Polícia pelo Estado Providência.

A ordem jurídica da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) constituiu a primeira manifestação desse novo Direito Internacional. Noutras zonas, como no próprio Direito das Nações Unidas e no recentíssimo “novo” Direito do Mar, tem-se concretizado o abandono, pelo Direito Internacional, do fundamento na soberania individual dos Estados em favor do princípio da solidariedade e da justiça social internacional.

Um dos fenómenos mais marcantes da evolução da Ciência Jurídica, neste século, tem sido justamente a afirmação crescente da situação jurídica do indivíduo na ordem jurídica internacional, que o fez passar de mero objecto a sujeito da norma de Direito Internacional e que, como tal, obrigou o Direito Internacional a ocupar-se directamente dos seus interesses,

⁹ Citado por: GRECESCU, Ion - Quelques Aspects de l' Interférence des Normes du Droit International avec les Normes du Droit Constitutionnel. In Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques. Lausanne - Siusse. N.º 1: (Janvier-Avril 1997), p. 95-99.

sem a mediação do Estado e da sua ordem jurídica. Esse movimento ajudou de forma determinante a que o Direito Internacional deixasse de ser apenas um Direito de coordenação interestadual para vir também a impor deveres aos Estados por exigência do respeito pela dignidade da pessoa humana, como expressão mais directa do princípio da solidariedade e da justiça social.

A transformação do Direito Internacional clássico ficou a dever-se à acção conjugada de dois factores: a eliminação total, como regra, do direito à guerra, enquanto expressão por excelência de uma soberania ilimitada e indivisível no campo externo e a penetração profunda, na sua elaboração jurídica, do princípio da solidariedade internacional entre os povos e como seu corolário do princípio da interdependência e da cooperação entre Estados. Este último princípio foi muito mais profundo e determinante do que a proibição do direito à guerra.

Enquanto o Direito Internacional clássico se apresentava com um conteúdo passivo ou negativo, um simples direito de conflitos de interesses entre soberanias potencialmente conflitantes, um mero Direito Internacional de coexistência pacífica entre Estados soberanos, individualmente considerados, com o termo da I Grande Guerra, o Direito Internacional evoluiu de um conjunto de normas negativas, de abstenção, para um conjunto de regras positivas, de intervenção, usando a cooperação e a interdependência entre os Estados. O termo da I Grande Guerra assinala o fim da era clássica do Direito Internacional, como Direito de coexistência pacífica, da coordenação de soberanias e o início da época do novo Direito Internacional, o da cooperação ou melhor, da solidariedade¹⁰.

¹⁰ Ver: QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991, p. 386-395. E também DE WALK, W. - **La signification de l'intégration européenne pour le développement du Droit International moderne**. Leyden, 1962; CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 43 e ss.; MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., especialmente p. 9 e ss.; MOREIRA, Adriano - **Direito Internacional Público**. In *Estudos Políticos e Sociais - Revista Trimestral do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Vol. X - n.ºs 1-4: (1982), p. 7-200, especialmente p. 7 e ss.; PEREIRA, André Gonçalves - **Curso de Direito ...**, cit., p. 15 e ss.; LAUTERPACHT, H. - *Règles Générales du Droit de la Paix*. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Paris: Librairie du Recueil Sirey. IV tome - 62: (1937), p. 99-324, especialmente p. 100 e ss.; KELSEN, Hans - *Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public*. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Paris: Librairie Hachette. Tome 14 - IV: (1926), p. 232-326, especialmente p. 263 e ss..

CAPÍTULO I

As concepções doutrinárias gerais - abordagem

A questão das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno dos Estados coloca-se pelo facto do primeiro ser um Direito de sobreposição. O estudo desta relação tem sido um dos campos onde se tem debatido a doutrina, com resultados tão importantes como estéreis. Esterilidade na perspectiva dos resultados concretos, e não do ponto de vista da filosofia jurídica, em torno da qual o debate tem contribuído, eficazmente, para o esclarecimento da natureza do Direito Internacional e do seu mecanismo de funcionamento. A questão foi sistematizada na sua origem pela monografia de Triepel, em 1899, (intitulada *Volkerrecht und Landesrecht*) sobre o Direito Internacional e Direito interno e que iniciou a conhecida teoria dualista¹¹.

O desenvolvimento dos regimes constitucionais contemporâneos ao longo do século XIX foi colocando, progressivamente, os problemas da relação entre o Direito Internacional e o Direito estatal que, de todo o modo, só começaram a ser analisados pela doutrina europeia continental a partir dos finais do século XIX e princípios do século XX, particularmente pela obra de constitucionalistas alemães como Kaufmann (o seu trabalho fundamental foi publicado em *Stuttgart* em 1899 e chamava-se *Die Rechtskraft des Internationalen rechts und das Verhältnis der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben*) e H. Triepel e por certa doutrina italiana em cujo seio se destacam, sobretudo, os trabalhos de Anzilotti e de Perassi¹².

No plano da doutrina as soluções desdobram-se em duas categorias, que se prendem com a própria concepção básica do Direito em geral, ou seja, “grosso modo”, relacionam-se directamente com a opção entre positivismo e naturalismo:

¹¹ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 291. Também PASTOR RIDRUEGO, José Antonio - **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**. 6.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1996, p. 194-197.

¹² Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2.^a ed. revista. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1995, p. 481.

Soluções pluralistas ou dualistas (Triepel e Anzilotti) - desenvolvidas nos finais do século passado na Alemanha e em Itália. Estas soluções entroncam directamente no disposto por Triepel na sua obra e que teve grande repercussão, sobretudo pelo acolhimento que foi feito da mesma por Anzilotti (juiz do Tribunal Permanente de Justiça Internacional), em 1905, no seu trabalho *Il Diritto Internazionale nei guidizi interni* e que teve grande influência não só em Itália, mas também fora dela. Criou uma escola de internacionalistas como Ago e Quadri que propagaram o seu pensamento, o que influenciou boa parte da doutrina e da jurisprudência e até o legislador constituinte, do pós II Grande Guerra, em Itália e na Alemanha. Derivam do voluntarismo pluriestadual, assim, os voluntaristas que assentam o Direito Internacional na vontade de vários Estados são normalmente dualistas¹³. A construção dualista que se desenvolveu, particularmente no fim do século XIX e durante a 1.ª metade do século XX, foi sobretudo defendida por autores alemães (Laband, Triepel) e italianos (como Anzilotti), tendo interesse notar que eles provinham de Estados recentemente unificados e a esse título muito ligados à soberania do Estado assim como à autonomia do Direito interno. O fechar da ordem interna às regras internacionais é pouco favorável ao desenvolvimento do Direito Internacional na maior parte das vezes apresentado como um valor em si mesmo¹⁴. Segundo estas soluções, o Direito Internacional e o Direito interno constituem dois sistemas jurídicos diferentes, independentes e separados. Isto porque têm fundamento diverso, enquanto que o primeiro se fundamenta na vontade comum dos Estados, o segundo fundamenta-se na vontade singular dos Estados; têm fontes diferentes, enquanto o primeiro tem, como principal fonte o tratado, o segundo tem a lei; têm diferentes destinatários, enquanto o primeiro se destina, fundamentalmente, aos Estados o segundo destina-se, fundamentalmente, aos indivíduos. Desta separação resulta que para uma norma internacional ser válida na ordem jurídica estadual é necessário transformá-la em Direito interno. É claro que o dualismo reenvia para a chamada doutrina da transformação, para tal é competente o Estado interessado, esta incorporação equivaleria a uma autêntica transformação da norma

¹³ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 84, e DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 194 e ss.; PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno em Direito Comparado. In *Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 53/5: (1993), p. 139-190, especialmente p. 141; WITTE, Bruno - Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order. In GRAIG, Paul e BÚRCA, Gráinne de - "The Evolution of EU Law". 1.ª ed.. Oxford: University Press, 1999, p. 177-213.

¹⁴ Ver: COMBACAU, Jean e SUR, Serge - **Droit International Public**. Paris: Editions Montchrestien, E. J. A., 1995, p. 182.

recebida: uma norma internacional incorporada num ordenamento interno será em virtude de algum mandato legal estabelecido pelo ordenamento interno, mas ao incorporar-se perde a sua natureza internacional para converter-se em norma interna. Na realidade a norma será internacional pela sua origem, mas plenamente interna quanto à sua natureza e aplicabilidade. Enquanto norma interna vale independentemente da regra internacional, podendo, quando muito, conduzir à responsabilidade internacional do Estado¹⁵.

A doutrina dualista aponta para a diferença essencial entre o Direito Internacional e o Direito interno que consiste principalmente no facto de as duas ordens jurídicas regularem objectos diferentes. O Direito Internacional é um Direito entre Estados soberanos e o Direito interno aplica-se dentro de um Estado, regulando as relações dos seus cidadãos entre si, bem como as relações com o poder político. Nesta perspectiva, nenhuma das ordens jurídicas tem o poder de criar ou modificar as regras da outra. Quando o Direito interno estabelece que o Direito Internacional se aplica, no todo ou em parte, no âmbito da sua jurisdição, trata-se, simplesmente, de um exercício da autoridade do Direito interno, de uma adopção ou transformação das regras de Direito Internacional. No caso de um conflito entre o Direito Internacional e o Direito interno, o dualista partiria do princípio de que um tribunal nacional aplicaria o Direito interno¹⁶.

Diz Jorge Miranda, que para estas concepções o Direito Internacional e o Direito interno são dois mundos separados, dois sistemas com fundamentos e limites distintos, nenhuma comunicação directa e imediata existe entre eles. Uma norma pertencente a um sistema não pode valer, como tal, no interior de outro sistema. Quando muito o seu conteúdo poderá ser aqui retomado, reproduzido ou transformado, surgindo então uma nova norma. Esta teoria é enfatizada, segundo aquele Autor, por aqueles que realçam a soberania do Estado e por aqueles Autores que, como Tripel (com a sua aludida tese da *Vereinbarung* ou vontade comum, colectiva ou conjunta dos Estados, como fundamento do Direito Internacional),

¹⁵ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 89 e ss.; e ainda RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 291; DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 194 e ss.; e MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 482-483; TEBOUL, Gérard - *Ordre juridique international et ordre juridique interne*. In Droit Public. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. N.º 3: (Mai-Juin 1999), p. 697-719, especialmente p. 698; KEGEL, Patrícia Luíza - *As Constituições Nacionais e os Limites à Integração Regional*. In Temas de Integração. Coimbra: Livraria Almedina. 4.º vol. - 1.º Semestre 1999 - n.º 7: (1999), p. 33-55, especialmente p. 36.

¹⁶ BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito Internacional Público**. 4.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 44.

acentuam as diferenças estruturais ou as linhas divisórias do Direito interno e do Direito Internacional¹⁷.

Críticas: 1.^a a diversidade de fundamento não abrange o Direito Internacional comum ou geral que é formado pelas normas consuetudinárias e princípios gerais de Direito; 2.^a as fontes apenas são diferentes do ponto de vista formal, porque do ponto de vista material são comuns, pois reconduzem-se aos factores de ordem social que as tornaram necessárias; 3.^a o costume não é apenas fonte de Direito Internacional porque muitos Estados, nomeadamente, do sistema anglo-americano, incluem-no no seu elenco dos meios de formação e revelação do Direito, desempenhando em Inglaterra uma função superior à da lei; 4.^a num Direito e noutro os destinatários tanto podem ser indivíduos como Estados¹⁸. Estas são as principais críticas que se fazem ao dualismo, tese que além do mais é desmentida pela própria evolução do Direito Internacional. Com efeito, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional, que chegou a adoptá-la oficialmente¹⁹, proferiu muitas decisões que só são na verdade explicáveis pelo monismo. E o Tribunal Internacional de Justiça aprofundou esse caminho. Encontra-se, hoje, em clara decadência (paralelamente ao abandono crescente das doutrinas voluntaristas) e, hoje, só é sustentada por uma parte da doutrina italiana, com base na interpretação que dá ao artigo 10.º da Constituição italiana, quanto às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno²⁰.

Soluções monistas - O monismo é representado por vários juristas cujas teorias divergem em aspectos significativos, a maior parte delas procedem da proposta pela Escola de Viena encabeçada por Kelsen. Mas, em geral, para os monistas existe uma unidade no ordenamento jurídico. Por outras palavras, o Direito Internacional e o Direito interno constituem um só sistema universal. No Reino Unido, Hersch Lauterpacht foi um forte defensor desta doutrina. Para este Autor, esta teoria não representou uma mera construção

¹⁷ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.^a ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 139-140.

¹⁸ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 91 e ss.; e ainda RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho ...**, cit., p. 291.

¹⁹ Este Tribunal exprimiu-a no célebre caso dos “*interesses alemães na Alta Silésia polaca*” ou no caso “*Chorzow*”. Foram vários e sucessivos os Acórdãos proferidos neste caso: o de 25/5/25, *In PCIJ Reports* (Permanent Court of International Justice Reports), Série A, n.º 6; o de 26/7/27, *In PCIJ Reports*, Série A, n.º 9; o de 16/12/27, *In PCIJ Reports*, Série A, n.º 13; e o de 13/9/28, *In PCIJ Reports*, Série A n.º 17. Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito ...**, cit., p. 84.

²⁰ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto, **Manual de Direito ...**, cit., p. 84.

intelectual e, na sua obra, o monismo adopta a forma de uma afirmação da supremacia do Direito Internacional mesmo no âmbito da esfera interna, associada a opiniões aprofundadas sobre o indivíduo como sujeito de Direito Internacional. Tal doutrina é incompatível com os corolários jurídicos da existência de Estados soberanos e reduz o Direito interno ao estatuto de ordem jurídica residual do Direito Internacional²¹. Como consequência a norma que nasce na ordem internacional é directamente aplicável no seio da ordem nacional: ela é automaticamente incorporada na ordem interna. Assim, a expressão “monismo” está ligada à fórmula “doutrina da incorporação”²².

Diz Jorge Miranda, que as correntes monistas afirmam a unidade sistemática das normas de Direito Internacional e das normas de Direito interno. Estes ordenamentos são comunicáveis e inter-relacionáveis, um não pode ignorar o outro e tem de haver meios de relevância recíproca das respectivas fontes²³. Segundo estas soluções todo o Direito, seja internacional, seja interno, constitui uma unidade, um único sistema. Ambos os Direitos são simplesmente expressões diferenciadas do jurídico. O problema estaria em estabelecer a posição hierárquica das diferentes normas. Daí se conclui a existência de duas posições dentro da teoria monista:

Monismo com primado do Direito interno - que se fundamenta na inexistência de autoridade superior aos Estados, no facto das obrigações internacionais se basearem no Direito Constitucional interno, pois este é que determina os órgãos competentes para assumir as obrigações internacionais e este é que define a sua competência. Esta forma de monismo reduz o Direito Internacional a um simples Direito estadual que disciplina as relações externas, o Direito Internacional encontra o fundamento da sua validade na ordem jurídica do Estado e, hoje em dia, quase não tem aceitação na doutrina (foi expressamente sustentado pela doutrina soviética, num passo célebre de Vychinski, em crítica a Kelsen)^{24 25}. Para Jorge Miranda, este monismo acaba por reverter numa forma de negação do Direito Internacional,

²¹ BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito** ..., cit., p. 44. Sobre estas teses pode também ver-se: WITTE, Bruno - Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order. In GRAIG, Paul e BÚRCA, Gráinne de - “The Evolution of EU Law”. 1.^a ed.. Oxford: University Press, 1999, p. 177-213.

²² TEBOUL, Gérard - *Ordre juridique international* ..., cit., p. 698. Também KEGEL, Patrícia Luíza - *As Constituições Nacionais* ..., cit., p. 36.

²³ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 140.

²⁴ Cfr. LAPENNA, Ivo - **Conceptions Soviétiques du Droit International**, 1954, p. 139 e ss..

²⁵ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 94 e ss.; Também TEBOUL, Gérard - *Ordre juridique international* ..., cit., p. 701.

por se aproximar muito da orientação doutrinal (hoje completamente ultrapassada) que vê o Direito Internacional como uma espécie de Direito estadual externo. Reconhece a existência de um só universo jurídico, mas quem comanda esse universo é o Direito interno e, em último termo, a vontade dos Estados. O fundamento da unidade do Direito Internacional encontraria-se numa norma de Direito interno²⁶.

Este monismo resulta do voluntarismo uni-estadual (Zorn, Wenzel, Jellinek) não sendo mais do que a negação do Direito Internacional. Além das já conhecidas objecções de carácter doutrinal há outras, de ordem puramente técnica, que se opõem a esta tese: em caso de mudança interna da Constituição, o Estado continua vinculado no plano internacional pelos tratados que ratificou e, segundo dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, nenhum Estado pode invocar as suas normas internas para se eximir ao cumprimento das suas obrigações internacionais (artigo 27.º). Isto significa, claramente, que no estado actual do ordenamento jurídico internacional, a validade do Direito Internacional não depende da validade do Direito interno²⁷.

A doutrina normativista encontra o fundamento último de validade do Direito, não na vontade, mas sim numa norma superior. Para Kelsen tudo se fundamenta na *Grundnorm* da qual deriva o Direito interno e fundamenta a validade do Direito Internacional²⁸. Esta construção de Kelsen levou-o, inicialmente, a sustentar que a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito interno, ou deste sobre aquele, dependeria de em qual dos ordenamentos radicaria a norma fundamental suprema. Posteriormente, Kelsen com alguns companheiros de Escola inclinaram-se pela primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno. Consideraram, até, que os ordenamentos internos têm um carácter derivado do Direito Internacional e a juridicidade e obrigatoriedade dos ordenamentos internos estão baseadas numa norma de Direito Internacional que outorga aos sujeitos internacionais o poder de construir os seus ordenamentos jurídicos respectivos. De acordo com esta ideia colocou-se, também, Verdross, na Academia de Haia em 1927, segundo o qual os Estados vivem dentro da sociedade internacional e a sua liberdade depende do Direito Internacional. Argumentava

²⁶ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 140.

²⁷ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 85 e RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 292.

²⁸ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno em Direito Comparado. In Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 53/54: (1993), p. 139-190, especialmente p. 141.

com o artigo 15.º, § 8.º, do Pacto da Sociedade das Nações que estabelecia para o Conselho da Sociedade a proibição de intervir nos assuntos que o “Direito Internacional deixe à competência exclusiva do Estado”. Segundo Diez de Velasco, o monismo é uma posição coerente e tem melhor técnica jurídica: o Estado não pode ignorar internamente as normas em tenha participado externamente²⁹.

Monismo com primado do Direito Internacional - que entende o Direito Internacional como uma ordem jurídica hierarquicamente superior às ordens jurídicas estaduais. Assim, a ordem estatal é uma ordem derivada da ordem internacional. Nas relações entre cada Estado e os respectivos súbditos aplica-se, em primeiro lugar, o Direito estadual, se este for contrário ao Direito Internacional, o Estado torna-se responsável por uma infracção ao Direito Internacional e as normas em que a contradição se verifique estarão feridas de um vício³⁰.

Os fundamentos doutrinários do monismo com primado do Direito Internacional residem na visão normativista do Direito com H. Kelsen, ou numa concepção objectivista com G. Scelle e Duguit (da escola sociológica francesa) que fundamentam o Direito Internacional e o seu primado sobre o Direito interno no facto social³¹. Para o primeiro as regras internas derivam das regras internacionais que determinam as competências dos Estados e não podem ser-lhes contrárias. Ele estabelece entre elas uma relação hierárquica, resultando o conjunto de uma norma fundamental, hipótese lógica que pode ser suposta mas não está inscrita no Direito positivo. Na construção sociológica dos segundos a hierarquia deveria exprimir-se através de um federalismo universal que falta construir.

Kelsen optou pelo Monismo com primado do Direito Internacional, embora, até 1932, tenha ensinado que a opção não seria possível sem sair do campo estrito da ciência do Direito, pois a decisão dependeria de factores de ordem ética, filosófica e política. As razões da nova opção tem a ver com a sua posição quanto ao problema do fundamento do Direito Internacional³².

Para Kelsen, o monismo com primado de Direito Internacional conduz a conceber o Direito Internacional “como uma ordem jurídica total que delega às ordens jurídicas estatais”

²⁹ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 194 e 195;

³⁰ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 95 e ss.; também TEBOUL, Gérard - *Ordre juridique international* ..., cit., p. 700.

³¹ PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito Internacional* ..., cit., p. 141.

³² Citado por CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 97-98.

e que o Estado é considerado como “um órgão do Direito Internacional”. Nesta perspectiva, parece que a ordem jurídica interna está unida à ordem jurídica internacional. Mais precisamente, a ordem estatal pode ser considerada como unida à ordem internacional, é uma ordem parcial no seio de uma ordem total, a este título a validade da Constituição é retirada do Direito das gentes. Mas é claro que esta validade não resulta de uma atribuição de competências, a ordem nacional permanece, neste aspecto, separada da ordem internacional. A lógica de Kelsen reside em que existe uma unidade do fenómeno jurídico para além da diversidade das suas manifestações formais (internacional ou interna). Esta unidade leva a considerar que a ordem internacional e a ordem estatal não são providas, cada uma, de uma validade intrínseca: uma e outra estão ligadas e constituem uma unidade com validade própria³³.

Para Ian Brownlie, Kelsen desenvolveu os princípios monistas com base em métodos de análise formais dependentes de uma teoria do conhecimento. De acordo com os fundamentos do pensamento de Kelsen, o monismo estabelece-se cientificamente se o Direito Internacional e o Direito interno fizerem parte do mesmo sistema de normas que recebem a sua validade e conteúdo através de uma operação intelectual realizada a partir de uma norma fundamental. Kelsen enuncia esta norma fundamental da seguinte forma: “Os Estados devem comportar-se como se têm comportado habitualmente”. Quando esta norma fundamental apoiou um sistema de Direito Internacional, o princípio da efectividade nela contido, que permite que a revolução seja um facto criador de Direito e que aceita os primeiros legisladores de um Estado, forneceu a norma fundamental das ordens jurídicas nacionais, isto é, a efectividade das novas ordens jurídicas internas estabelecidas com base em actos que podem ser contrários à Constituição anterior. Prossegue então: “Visto que as normas fundamentais das ordens jurídicas nacionais são determinadas por uma norma de Direito Internacional, as primeiras são apenas normas em sentido relativo. É também, a norma fundamental da ordem jurídica internacional que constitui o fundamento último da validade das ordens jurídicas nacionais”. Diz aquele Autor que embora Kelsen fundamente o monismo nas bases formais da sua própria teoria, não defende o “primado” do Direito Internacional sobre o Direito interno. Na sua opinião, a questão o “primado” só pode ser resolvida com base em considerações não estritamente jurídicas. A validade de cada uma podia apoiar-se numa relação de interdependência em vez de se apoiar numa relação “hierárquica”.

³³ Ver: TEBoul, Gérard - *Ordre juridique international* ..., cit., p. 703.

Ainda de acordo com o mesmo Autor, existe também uma teoria monista-naturalista que, pelo menos superficialmente, se assemelha à concepção de Kelsen de uma norma universal fundamental. De acordo com esta teoria, as ordens jurídicas internacional e interna estão subordinadas a uma terceira ordem jurídica, geralmente postulada em termos de Direito natural ou de “princípios gerais de Direito”, superior a ambas e capaz de determinar as suas esferas respectivas³⁴.

Esta é a tese hoje preponderante, resulta da rejeição do voluntarismo, sendo a corrente mais satisfatória do ponto de vista intelectual e a mais consentânea com o estado actual das relações jurídicas na sociedade internacional. A ordem jurídica interna cede, em caso de conflito, perante a internacional. Esta traça os limites da competência daquela. O legislador não pode criar regras internas contrárias ao Direito Internacional. O monismo com primado de Direito Internacional pode ser radical (Kelsen, na sua monografia publicada em 1920, “Teoria Pura do Direito”) ou moderado (Verdross). O primeiro diz que em todo e qualquer caso a regra interna contrária à internacional é nula, levando a um paralelo prematuro com o federalismo. A concepção Kelsiana seria, assim, correcta num Estado federal, mas a verdade é que a sociedade internacional não o é ainda. O monismo moderado reconhece ao legislador nacional um campo amplo de liberdade e acção. Esta tese chega, aliás, na prática, a conclusões bem próximas das do dualismo moderado³⁵.

O monismo com primado de Direito Internacional reitera a necessária integração das normas jurídico-internacionais e das normas jurídico-estatais num todo mais amplo. A unidade não pode, porém, resultar senão do próprio Direito Internacional ou da projecção dos seus princípios sobre o Direito interno. E, assim, as normas de Direito Internacional prevalecem sobre as de Direito interno, no entanto, o modo como essa prevalência é encarada, em termos de consequências práticas varia bastante³⁶.

No monismo radical qualquer norma de Direito interno, inclusive de Direito Constitucional, só será válida se respeitar as normas de Direito Internacional, em suma, a norma fundamental de todo o universo jurídico é uma norma de Direito Internacional. Numa linha mais mitigada a relação entre normas de Direito interno e normas de Direito Internacional não se reconduz forçosamente a uma relação de validade, a desconformidade

³⁴ BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito** ..., cit., p. 45 e 46.

³⁵ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 86. Também MALANCZUK, Peter - **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 7.^a ed. revista. London: Routledge, 1997, p. 63.

³⁶ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 140.

entre lei interna e tratado, por exemplo, não acarreta invalidade da lei, pode acarretar simplesmente ineficácia ou então a responsabilidade internacional dos Estados. A Constituição do Estado não tem que ser conforme com o Direito Internacional e, ao invés, é ela que regula o modo como as normas internacionais adquirem relevância ou são recebidas na ordem interna³⁷.

O monismo moderado que corresponde à última fase de evolução do pensamento de Verdross distingue-se do monismo radical, sustentado por Kelsen, pois ainda que afirme a unidade do Direito Internacional e do Direito interno admite que ambos os ordenamentos têm a sua individualidade e implica a autonomia do Direito interno e ainda o respectivo reconhecimento constitucional que concede a cada Estado a sua liberdade de acção tal como se verifica na Lei Fundamental de *Bonn*, e sobretudo que o Direito Internacional não tem por si mesmo a virtualidade de derrogar as normas de Direito interno que sejam contrárias ao mesmo. Nesta linha do jusnaturalismo, a abordagem mais realista afirma que as normas internas não seriam portanto inexistentes ou nulas ainda que se possa estabelecer a responsabilidade internacional do Estado quando sejam contrárias ao Direito Internacional (esta afirmação está de acordo com a jurisprudência internacional sobre esta matéria). Dentro do monismo moderado podemos incluir Kunz e Miaja de la Muela³⁸.

Uma posição singular dentro do monismo é a mantida por um grupo de professores espanhóis encabeçados por António de Luna, o qual defendia que “A comunidade internacional existe para o bem dos Estados e não tem outra razão de ser para além deste bem comum, em que todos os Estados participam (...) Os Estados criam, mediante usos repetidos com convicção jurídica ou por acordo de vontades nos tratados, o Direito Internacional positivo sem outros limites para além dos que exigem o bem comum internacional”³⁹. Conforme com a sua posição jusnaturalista, uma vez que admite a existência de limites impostos pelo bem comum internacional ao próprio Direito Internacional, parece deduzir-se que mantém a subordinação tanto deste Direito como do Direito interno a esse bem comum

³⁷ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 141. Também TEBoul, Gérard - *Ordre juridique international* ..., cit., p. 701-702.

³⁸ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 9.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 187, sem correspondência no texto da 13.^a ed., de 2001; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2.^a ed.. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1993, p. 482-484; e PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito Internacional* ..., cit., p. 142.

³⁹ LUNA, António de - **Fundamentación del Derecho Internacional**. Anteproyecto de Ponencia al I Congreso del I.H.L.A.D.I.. In *Actas del I Congreso*, T.I, Madrid, 1951, p. 428-470, aqui p. 469-470.

internacional que não é outra coisa que um reflexo das ideias jusnaturalistas. Nesta tese cabe incluir com alguns matizes os professores espanhóis Aguilar Navarro, Herrero Rubio e Truyol Serra⁴⁰.

Um número crescente de juristas procura fugir à dicotomia entre monismo e dualismo, sustentando que as consequências lógicas de ambas as teorias entram em conflito com a maneira de proceder de órgãos e de tribunais internacionais e nacionais. Assim, Sir Gerald Fitzmaurice⁴¹ contesta a premissa adoptada por monistas e dualistas de que o Direito Internacional e o Direito interno possuem um campo de actuação comum. Os dois sistemas não entram em conflito como “sistemas” visto que actuam em esferas diferentes. Cada um é supremo no seu próprio campo. Contudo, pode existir um conflito de “obrigações”, uma incapacidade do Estado para agir a nível interno da maneira exigida pelo Direito Internacional. A consequência desta incapacidade não é a invalidade do Direito interno mas a responsabilidade do Estado no plano internacional. Anzilotti avança com esta opinião, porém é frequentemente classificado como um dualista. Rousseau defendeu uma posição semelhante, caracterizando o Direito Internacional como um Direito de coordenação que não prevê a anulação automática das regras internas que entram em conflito com obrigações no plano internacional⁴². Este afirma a primazia do Direito Internacional - porém com isto quer significar a primazia no seu próprio campo⁴³.

Por sua vez, Jean Combacau e Serge Sur entendem que as considerações teóricas estão longe de ser inúteis porque esclarecem as opções e as dinâmicas. Mas o Direito positivo, se pudermos sintetizar as suas tendências gerais é mais complexo. Ele não consagra nem a justaposição das ordens internas nem a sua unificação a favor do Direito Internacional. Ele consagra a autonomia de cada uma das ordens e ao mesmo tempo a sua interdependência, na medida em que um não possa funcionar sem o outro. A autonomia vale para as ordens internas às quais cabe determinar o lugar exacto que ocupam no seu seio as regras

⁴⁰ DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 9.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 187, sem correspondência no texto da 13.ª ed., de 2001.

⁴¹ Este Autor critica, em especial, a doutrina monista sobre o papel do Estado. Na sua opinião, o Estado não pode ser meramente considerado como uma agregação de indivíduos. Afirma que “o conceito do Estado ou da Nação, enquanto entidade indivisível que possui a sua própria personalidade jurídica distinta, é uma hipótese inicial indispensável que tem de ser colocada mesmo antes de ser possível falar significativamente de Direito Internacional (...)”. Citado por: BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito Internacional Público**. 4.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 46

⁴² BROWNLIE, Ian - **Princípios** ..., cit., p. 46.

⁴³ BROWNLIE, Ian - **Princípios** ..., cit., especialmente pé-de-página n.º 12, da p. 46.

internacionais. Em contrapartida, as regras internas contrárias a um compromisso internacional não podem ser invalidadas na ordem interna por uma instância internacional, mas são somente inoponíveis, ou no limite nulas, no plano internacional. Quanto ao Direito Internacional cabe-lhe definir as condições de tomada em consideração ou de eficácia das regras internas. A interdependência faz parte da substância do Direito Internacional, concebido por e para Estados soberanos, destinado a harmonizar e a desenvolver as suas relações. As duas ordens não podem existir nem funcionar uma sem a outra. Realizada na sua pureza a primazia do Direito Internacional conduziria a um sistema federal⁴⁴.

De acordo com Francesco Capotorti, cada Estado é titular de uma ordem jurídica e ao mesmo tempo é o seu gerente: isto é, é capaz de determinar a sua orientação e de controlar as actividades desenvolvidas pelos indivíduos que ocupam os lugares na ordem interna. Aceita a superioridade da tese dualista com a qual se encontra a maior parte da doutrina italiana.

É justamente pelo facto de se ter em conta a total heterogeneidade do meio social composto pelos sujeitos internacionais em relação ao meio social próprio a toda a sociedade nacional, que se chega à justificação da separação mútua das respectivas ordens jurídicas. O Direito estatal encontra o seu fundamento no Direito Internacional, como afirmam os partidários do monismo (na versão que atribui a primazia ao Direito Internacional). Quanto aos defensores do monismo que se declaram convencidos da supremacia do Direito interno sobre o Direito Internacional, é fácil de salientar que se identificam com os que negam a realidade autónoma da ordem jurídica internacional, que não pode reduzir-se à soma dos Direitos estatais internos, sem perder as características essenciais da sua fisionomia⁴⁵.

Quanto à doutrina portuguesa, diz Silva Cunha que as soluções pluralistas são logicamente impossíveis, pois não se pode admitir que o Direito Internacional e o Direito interno sejam, ao mesmo tempo, Direito e puro facto, conforme sejam encarados no âmbito da sociedade internacional ou no âmbito dos Estados. Assim, a única solução possível é a solução monista. A validade global de um sistema normativo depende de ser possível encontrar o fundamento de todas as normas que o constituem numa única norma, cuja validade terá de se admitir, sob pena de se negar a validade de todo o sistema (norma

⁴⁴ Ver: COMBACAU, Jean e SUR, Serge - **Droit International Public**. Paris: Editions Montchrestien, E. J. A., 1995, p. 183-184.

⁴⁵ Ver: CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit International Public. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344, especialmente p. 219-220.

fundamental hipotética - *Grundnorm*). O Direito Internacional e as ordens jurídicas estaduais, sob pena de se ter de lhes negar validade, terão de ser reconduzidos a uma norma fundamental comum. A atribuição do primado ao Direito Internacional, ou ao Direito dos Estados, depende de saber a qual dos dois sistemas pertence a norma fundamental que lhes é comum⁴⁶.

Jorge Miranda entende que parece clara a adesão que vão obtendo, desde há décadas, as correntes monistas - e, evidentemente, de monismo com primado do Direito Internacional. As razões são principalmente: o alargamento das matérias objecto de regulamentação pelo Direito Internacional, o aparecimento e o papel crescente das organizações internacionais, a irrupção do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, a emanação de normas internacionais que só fazem sentido enquanto aplicáveis na ordem interna (como as constantes das convenções da O.I.T., de pactos e convenções de protecção dos direitos do homem e de regulamentos das Comunidades Europeias). Perante a realidade seria impensável negar a inter-relação sistemática das normas do Direito Internacional e das normas de Direito interno. Em segundo lugar, quanto ao primado do Direito Internacional a doutrina largamente maioritária pronuncia-se em favor de um monismo moderado, visto que um monismo absoluto pressupõe um federalismo jurídico sem base, pelo menos no horizonte actual, e que a ser alcançado, representaria a transformação do Direito Internacional num *quid* novo e diferente. Atrás do dualismo encontra-se, no fundo ou na prática, o monismo, a exclusividade da ordem jurídica estatal, a recusa da ordem jurídica de cada Estado em tomar como Direito, a par do seu, o Direito Internacional. Inversamente, o monismo - o monismo com primado de Direito Internacional - postula o pluralismo das ordens jurídicas, o seu reconhecimento recíproco, a sua comunicação, a identidade de todas elas no essencial⁴⁷.

André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros dizem que a convergência, nas soluções práticas fornecidas pelas formas mitigadas de monismo, e que já há mais de 40 anos era expressamente admitida por Afonso Queiró⁴⁸, tem vindo, modernamente, a desvalorizar a importância da querela filosófica monismo-dualismo. Chegou-se à conclusão de que da opção

⁴⁶ CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 96-97.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 141-142. Ver também RIBEIRO, Rui Álvaro de Figueiredo - La conclusion et la mise en oeuvre des Traités dans l'ordre juridique Portugais. In Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 37/38: (1989), p. 189-203, especialmente p. 200-201.

⁴⁸ Em Relações entre a Ordem Jurídica interna e a Ordem Jurídica internacional. In Revista de Direito e Estudos Sociais, 1948, p. 8. Citado por: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 87, pé-de-página n.º 1.

entre monismo e dualismo nenhuma consequência prática adviria para o problema da vigência interna da norma internacional já que, um e outro, nas suas formulações moderadas, convergiam na solução de que:

- O Estado tem o dever de conformar a sua ordem interna às suas obrigações internacionais;
- Cabe-lhe, porém, a escolha da forma técnica do cumprimento de tal dever;
- O não cumprimento de tal dever não tem, porém, como sanção a vigência forçada do Direito Internacional na ordem interna, e, por conseguinte, a obrigação para os tribunais internos de aplicar a norma internacional, nem a consequente invalidade ou ineficácia da norma interna contrária à norma internacional;
- A sanção consiste, exclusivamente, na responsabilidade internacional do Estado.

Aqueles Autores entendem que, não obstante o declínio da importância da questão da querela monismo-dualismo, se impõe tomar uma posição sobre ela. A este respeito afirmam a adesão à concepção monista com primado do Direito Internacional, entendida esta como inseparável da própria natureza do Direito Internacional. O primado do Direito Internacional sobre o Direito interno traduz uma condição essencial da própria existência do Direito Internacional. Da adesão à concepção monista derivará ainda outra conclusão: a vigência interna do Direito Internacional na ausência de disposições estaduais que a ela se refiram. Tal era expressamente o pensamento de Verdross⁴⁹, como derivação do princípio de que não pode presumir-se a intenção do legislador interno de violar a norma internacional. Se o Estado tem o dever - reconhecido por monistas e dualistas - de conformar a sua ordem interna com o Direito Internacional, bem pode entender-se que, se não regulou expressa ou implicitamente a questão, não excluiu a possibilidade da vigência automática do Direito Internacional, que será a única forma susceptível de, na ausência de outras disposições, assegurar o cumprimento pelo Estado do referido dever de conformidade. Já, em 21 de Fevereiro de 1925, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional fazia sua essa doutrina, ao defender, no Parecer emitido no caso da troca entre as populações grega e turca, que “um Estado que contraiu validamente obrigações internacionais é obrigado a introduzir no seu Direito positivo as modificações necessárias para assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos”. Quanto ao Direito Internacional convencional que, pela sua própria natureza, goza de eficácia interna (é o caso,

⁴⁹ VERDROSS, Alfred - **Derecho Internacional Publico**. 6.^a ed.. Madrid: Ediciones Aguilar S. A., 1980.

por exemplo, dos *self-executing treaties*), ele vigorará na ordem interna dos Estados quando o respectivo Direito interno não excluir tal vigência. Mas em relação ao Direito Internacional que por força da própria norma internacional, se destina a vigorar directa e automaticamente na ordem interna, a sua vigência interna encontra-se assegurada mesmo perante disposições contrárias do Direito estadual, disposições essas que ficam feridas de ineficácia. A sanção da invalidade (em vez da ineficácia), parece hoje que apenas se aceitará numa sociedade internacional de tipo federal, ou composta por espaços federais, o que ainda não acontece. De facto, o princípio *Bundesrecht bricht Landesrecht*, que determina a inexistência jurídica ou a nulidade da norma do Estado federado quando ela viole a norma federal, só se poderá aplicar na ordem internacional quando a sociedade internacional se transformar num Estado Federal Mundial (como parece admitir Armando Marques Guedes) ou nos espaços jurídicos nela incluídos que atingirem um estágio de integração de tipo federal⁵⁰.

No que diz respeito à jurisprudência, já era esse o entendimento clássico acerca das relações entre as duas ordens jurídicas, que foi aceite pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, que se preocupou em obter uma conciliação entre as exigências monistas e dualistas. É o que se extrai dos Acórdãos proferidos no caso *Chorzow* e do Parecer emitido no caso do tratamento dos nacionais polacos em *Dantzig*, embora com posição divergente no caso da Gronelândia Oriental⁵¹.

A este respeito é significativa a cláusula contida em bastantes tratados de Arbitragem e recolhida no artigo XXXII da Acta Geral para Resolução pacífica das Divergências Internacionais, de 26 de Setembro de 1928, revista pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 28 de Abril de 1949, que diz textualmente: “Se a sentença judicial ou arbitral estabelecesse que uma decisão tomada ou uma medida ordenada por uma Autoridade judicial ou uma Autoridade qualquer de uma das Partes litigantes se encontra no todo ou em parte em oposição com o Direito Internacional, e se o Direito Constitucional da dita Parte não permite, ou só permite imperfeitamente corrigir as consequências dessa decisão ou medida, as partes acordarão que deverá conceder-se por sentença judicial ou arbitral uma satisfação equitativa à Parte lesada.”

⁵⁰ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 92 e 93.

⁵¹ Ver: Parecer de 4/2/32, in *PCIJ Reports* (Permanent Court of International Justice Reports), Séries A/B, n.º 44, e Acórdão de 5/4/33, in *PCIJ Reports* Séries A/B, n.º 53, p. 22 e ss., citados por PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 87, pé-de-página n.ºs 2 e 3.

Mesmo que por via indirecta chega-se, de facto, a uma supremacia do Direito Internacional sobre o Direito interno, já que as contradições entre eles se resolvem a favor do Direito Internacional não só por via da responsabilidade internacional do Estado, mas também porque, como manifestou o T.P.J.I.: “O Direito interno não pode prevalecer nem sobre as obrigações de um Estado, segundo o Direito consuetudinário internacional, nem sobre as suas obrigações, segundo o Direito Internacional convencional” como também disse o referido Tribunal: “Um Estado que tenha contraído obrigações internacionais está obrigado a fazer as modificações que sejam necessárias no seu Direito interno para o cumprimento destas obrigações.”⁵².

Esta aproximação das soluções propostas pelo monismo e pelo dualismo para a questão da vigência do Direito Internacional na ordem interna dos Estados explica o acentuado declínio do interesse doutrinal, nas últimas quatro décadas, pela querela monismo-dualismo. Mesmo o problema da responsabilidade internacional vai sendo, em certos casos, substituído pela previsão, pelo próprio Direito Internacional, da sua aplicação directa na ordem interna dos Estados⁵³.

Diz Rodríguez Carrión que a polémica perdeu quase todo o seu significado pela aparição tanto de um monismo como de um dualismo moderados, resultado de uma análise da prática internacional: por um lado, quer o Direito interno quer o Direito Internacional têm âmbitos de actuação diferentes, o que apoiaria as posições dualistas; por outro, tanto numa ordem como noutra existe uma identidade no sujeito legislador, o Estado, o que, indiscutivelmente, apontaria para soluções monistas. Assim, o Estado terá responsabilidades num e outro âmbito e o incumprimento das suas responsabilidades poderia fazê-lo incorrer num ilícito interno ou internacional. Por isso mesmo, um mínimo de coerência obrigará à coordenação de ambas as esferas de actuação e a uma realização e aplicação das normas de ambos os ordenamentos. A primazia matizada e relativa será fixada pelo âmbito de actuação que considerarmos. Por exemplo, colocados na esfera internacional existe uma certa primazia do ordenamento jurídico internacional, neste sentido recorde-se que a Carta da Organização das Nações Unidas (O.N.U.) proclama o princípio do “respeito pelas obrigações nascidas dos tratados e de outras fontes do Direito Internacional” (Preâmbulo, § 1.º), isto é, de todas as

⁵² Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 9.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, especialmente p. 188, sem correspondência no texto da 13.ª ed., de 2001, e também neste sentido ver ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995, p. 624.

⁵³ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito ...**, cit., p. 87 e 88.

normas internacionais, escritas ou não, e a declaração de princípios anexa à Resolução 2625 (XXV), adoptada por consenso na Assembleia Geral da O.N.U. declara que: “Todo o Estado tem o dever de cumprir de boa-fé as obrigações contraídas em virtude dos princípios e normas de Direito Internacional, geralmente reconhecidos”, ou a disposição do artigo 27.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo a qual: “uma parte não poderá invocar as disposições do seu Direito interno como justificação para o incumprimento de um tratado”. Esta postura não é final, o citado preceito acrescenta: “esta norma deve entender-se sem prejuízo do disposto no artigo 46.º”. No dito artigo dispõe-se a possibilidade de que uma violação manifesta e que afecte “uma norma de importância fundamental do seu Direito interno” relativa à manifestação do consentimento do Estado, seja alegada pelo dito Estado como vício do seu consentimento, provocando a nulidade do tratado. O Tribunal Internacional de Justiça, no Acórdão de 26 de Abril de 1988, sobre a aplicabilidade da obrigação de arbitragem, em virtude da secção 21 do Acordo, de 26 de Junho de 1947, relativo à sede da O.N.U. (1988), teve ocasião de manifestar-se nos seguintes termos: “seria insuficiente invocar o princípio fundamental de Direito Internacional da primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno”⁵⁴. Este princípio foi consagrado pela jurisprudência desde a Sentença arbitral, de 14 de Setembro de 1872, no caso *Alabama* entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha⁵⁵ e tem sido invocado desde aí como, por exemplo, no assunto relativo às “Comunidades” *Greco-Búlgaras*, em que o Tribunal Internacional de Justiça (T.I.J.) estimou que “é um princípio de Direito Internacional geralmente aceite que nas relações entre as Potências que são Partes contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado”⁵⁶. O mesmo princípio aplica-se quando se trate de disposições de uma Constituição. Nas palavras do Tribunal Permanente de Justiça Internacional: “Deve (...) notar-se que (...) um Estado não pode invocar contra outro Estado a sua própria Constituição com a intenção de fugir às obrigações que lhe incumbem nos termos do Direito Internacional

⁵⁴ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 292-294 e também neste sentido ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 625; e PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito Internacional* ..., cit., p. 143.

⁵⁵ Os Estados Unidos reclamaram, com sucesso, uma indemnização da Grã-Bretanha por esta ter violado as suas obrigações como país neutral durante a guerra civil norte-americana. A inexistência de legislação que impedisse os corsários de se abastecerem em portos britânicos e de efectuarem as suas viagens para se juntarem às forças confederadas não constituía qualquer defesa. O Tribunal Permanente de Arbitragem, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional e o Tribunal Internacional de Justiça produziram uma jurisprudência consistente. Ver: BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito** ..., cit., especialmente p. 47, pé-de-página n.ºs 17 e 18.

⁵⁶ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 292-294.

ou dos tratados em vigor. Aplicando estes princípios ao presente caso, resulta que a questão do tratamento dos nacionais polacos ou de outras pessoas de origem ou expressão polaca deve ser resolvida exclusivamente com base nas regras de Direito Internacional e nas disposições do tratado em vigor entre a Polónia e Dantzig (...).”⁵⁷. Pelo contrário, se o âmbito é o interno, haverá que afirmar a primazia, igualmente matizada e relativa, do Direito interno sobre o ordenamento internacional excepto na medida em que o ordenamento interno ordene a aplicação das normas internacionais⁵⁸.

Na prática das relações internacionais, os efeitos da disparidade de posições, quanto à questão da recepção do Direito Internacional Público, mantiveram-se até ao desaparecimento do chamado bloco de Este. No entanto, concluído o processo de descolonização com o acesso à independência política de um grupo de novos Estados, tendo como traço mais emblemático do seu novo estatuto jurídico, o conceito de soberania vai reavivar a velha política. A emergência de um outro fenómeno recente e que traduz tensões de diversa etiologia e natureza (particularmente a dos nacionalismos) volta também a reavivar aquela polémica. Uma primeira questão é a da unidade ou separação entre as duas ordens jurídicas: daí o dualismo e o monismo; a segunda questão é a da hierarquia. A primeira questão, segundo Quoc Dinh, reconduz-se àquelas duas categorias de teorias, que, todavia não esgotam o tema. Basta recordar a doutrina da coordenação do Direito Internacional e do Direito interno sob uma ordem jurídica comum de inspiração jusnaturalista, como defende António de Luna, ou o pluralismo com primazia do Direito Internacional com base na aceitação de duas ordens jurídicas autónomas mas necessitadas de colaboração, mantida por M. Virally. Uma última reflexão: actualmente pode observar-se que as posições expostas perderam o seu rigor maximalista. Pode apreciar-se um processo de aproximação entre as mesmas, assim como a existência de pontos de contacto.

As principais doutrinas contemporâneas dividem-se fundamentalmente em dois grupos que se polarizam fundamentalmente nas fronteiras entre as teorias clássicas (Direito de coordenação, voluntarismo e dualismo) e as teorias modernas (Direito de subordinação, objectivismo e monismo).

⁵⁷ Ver: BROWNLEE, Ian - **Princípios de Direito** ..., cit., p. 47, pé-de-página n.º 21 (Caso *Polish Nationals in Danzig* - 1931, in PCIJ, Série A/B, n.º 44, p. 24) .

⁵⁸ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 292-294.

Como assinalou Rousseau “é difícil encontrar na prática internacional uma confirmação clara de uma ou outra das doutrinas precedentes analisadas” e mais “a prática internacional não consagra claramente nenhuma das duas teorias”. O que se confirma claramente na prática, tanto a nível jurisprudencial como a nível do Direito público interno, é a subordinação do Direito interno ao internacional.

Segundo o Tribunal Internacional de Justiça, a superioridade do Direito Internacional sobre o Direito interno constitui em si mesma “um princípio fundamental do Direito Internacional”.

O Direito convencional, as Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 22/05/69 e 21/3/86, consagram o princípio da primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno.

Os conflitos entre o Direito Internacional e o Direito interno podem surgir por uma variedade de circunstâncias, e uma vez que o Estado não pode mudar unilateralmente as obrigações internacionais contraídas, pareceria lógico que o Estado invalidasse qualquer norma interna que pugnasse com o Direito Internacional. Na prática, os tribunais da maior parte dos Estados pretendem evitar conflitos mediante uma interpretação do Direito interno que não contradiga o Direito Internacional, ao mesmo tempo que tentam manter a presunção de que no Estado existe a intenção de não faltar ao cumprimento das suas obrigações internacionais⁵⁹.

O monismo conheceu, por certo por razões ideológicas e práticas, uma clara promoção no decurso das últimas décadas. Um fundo dualista subsiste, o monismo resulta, com efeito, de uma escolha, constitucional ou jurisprudencial segundo os casos, de modo que constitui não só uma derivada mas uma modalidade do dualismo⁶⁰.

⁵⁹ PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 139-144.

⁶⁰ Ver COMBACAU, Jean et SUR, Serge - **Droit International** ..., cit., p. 182-183.

CAPÍTULO II

A aplicabilidade directa das normas do Direito Internacional

1. Do ponto de vista internacional

A aplicabilidade directa e a primazia do Direito Internacional numa ordem jurídica estatal têm sido objecto, durante as últimas décadas, de uma literatura particularmente abundante⁶¹.

Convém, como hipótese de partida, fazer a distinção entre os dois conceitos que a expressão “aplicabilidade directa” cobre, simultaneamente. Num primeiro sentido, ela refere-se às condições da aplicabilidade das regras de Direito Internacional na ordem jurídica interna. A aplicabilidade é “directa” ou “imediata”, se o Direito Constitucional não subordina a qualquer formalidade particular a aplicabilidade interna de uma regra em vigor na ordem internacional. O segundo significado de “aplicabilidade directa” visa os efeitos internos do Direito Internacional aplicável na ordem jurídica interna. É costume definir-se a aplicabilidade directa da norma internacional como a sua faculdade de criar direitos que os particulares podem invocar directamente perante as suas jurisdições nacionais⁶².

A prática internacional consagra o monismo moderado com primado de Direito Internacional, isto é, sustenta a subordinação geral do Direito dos Estados ao Direito Internacional, admitindo que possa haver contradição entre normas internas e internacionais quando umas e outras forem individualmente consideradas, sem que daí resulte, necessariamente, a nulidade das normas infractoras. Na prática, as normas jurídicas internacionais só se aplicam, directamente, na esfera de validade das normas estaduais quando

⁶¹ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe et Primauté des Traités Internationaux et du Droit Communautaire*. In *Revue Belge de Droit International*. Bruxelles: Bruylant. Vol. XXIX: (1996 - 1), p. 33-89, especialmente p. 34.

⁶² BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 35. Também RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - O Direito Internacional, o Direito Comunitário e a nossa Constituição - Que Rumo? In “Estudos em Comemoração dos 5 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”. Coimbra: 2001, p. 939-963, especialmente p. 942.

incorporadas nas respectivas ordens jurídicas. Os sistemas de incorporação possíveis são os seguintes:

- Incorporação num diploma legal publicado de acordo com as regras do Direito Constitucional do respectivo Estado, é a técnica da transformação⁶³;
- Incorporação global das normas mediante uma cláusula geral de recepção, é a cláusula geral de recepção plena, que converte todo o Direito Internacional vigente, em cada momento, em Direito do Estado;
- Incorporação por grupos de normas ou por institutos mediante cláusulas de recepção, são as cláusulas gerais de recepção semi-plena, são recebidas apenas as normas internacionais respeitantes a certas matérias e não a todas;
- Declaração de subordinação das normas internas às internacionais, no caso de contradição manda observar as segundas.

O primeiro sistema, que pressupõe a transformação do Direito Internacional em normas estaduais, filia-se na teoria dualista e quase não é usado na prática, e o último foi usado na Constituição dos E.U.A., na Constituição Francesa da V.^a República de 1958 - artigo 55.º e na Constituição da República Federal Alemã de 1949 - artigo 25.⁶⁴.

Quando o Estado recusa em absoluto a vigência do Direito Internacional na ordem interna, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore nessa ordem tem de ser reproduzido por uma fonte interna. Consequentemente, a norma internacional nunca vigorará como tal na ordem interna mas apenas como norma interna. É o chamado sistema de transformação, que às vezes se exprime pela simples ordem de execução. Este sistema é característico dos Estados que adoptaram uma solução dualista nas relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, porque parte do princípio de que o Direito Internacional e o Direito estadual são duas ordens jurídicas essencialmente diferentes, pelo que aquele só

⁶³ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 98 e ss.. E também MARTINEZ, Pedro Romano - Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. In **Direito e Justiça**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. IV: (1989/1990), p. 163-181.

⁶⁴ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 98 e ss.. E também MARTINEZ, Pedro Romano - Relações entre o Direito Internacional ..., cit., p. 163-181. Também KEGEL, Patrícia Luíza - As Constituições Nacionais e os Limites à Integração Regional. In **Temas de Integração**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. 4.º vol. - 1.º Semestre 1999 - n.º 7: (1999), p. 33-55, especialmente p. 37.

vigorar na ordem interna se e na medida em que cada norma internacional for transformada em Direito interno.

Quando o Estado reconhece a plena vigência de todo o Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena, a regra internacional vigora na ordem internacional mantendo a sua qualidade de norma de Direito Internacional. Ao contrário do anterior, este sistema constitui um corolário da construção monista das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, particularmente do monismo com primado do Direito Internacional, já que o monismo com primado do Direito interno, conduz à negação do Direito Internacional. O anterior, levado às últimas consequências pode vir mesmo a dispensar qualquer formalidade para a recepção do Direito Internacional na ordem interna⁶⁵. O resultado neste caso é o seguinte: após a entrada em vigor internacionalmente de uma norma convencional todos os poderes do Estado ficam, automaticamente, obrigados pela mesma, sem necessidade de qualquer tipo de acto de incorporação no ordenamento interno, independentemente dos mecanismos administrativos que se sigam para facilitar o conhecimento por parte da administração e dos administrados das normas contidas nos tratados⁶⁶. Assim, dentro do sistema da cláusula geral de recepção plena existem algumas modalidades: aquela em que a eficácia interna da norma internacional está sujeita a condições, como por exemplo, a publicação no jornal oficial interno, e nesse caso pode falar-se em cláusula de recepção plena propriamente dita; aquela em que a eficácia interna da norma internacional não está sujeita a qualquer condição e temos, então a cláusula de recepção automática; e por fim, aquela em que pode nem ser exigida qualquer recepção e, se assim for, teremos a aplicabilidade directa⁶⁷.

Quando o Estado não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, mas reconhece-o só sobre certas matérias, as normas internacionais respeitantes a essas matérias vigoram, portanto, na ordem interna independentemente de transformação; ao contrário, todas as outras vigoram apenas mediante transformação, este sistema é conhecido por sistema da cláusula geral de recepção semi-plena. Este sistema resulta da adopção

⁶⁵ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.^a ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 94 a 97.

⁶⁶ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998. Especialmente p. 295 e também ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995, p. 628.

⁶⁷ RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - O Direito Internacional ..., cit., p. 941-942.

cumulativa de concepções monistas e dualistas quanto às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno.

A cláusula geral de recepção plena caracteriza-se como a fórmula pela qual o Estado prevê a vigência interna da norma de Direito Internacional independentemente do seu objecto. A extensão da cláusula poderá variar conforme abarque todas as fontes de Direito Internacional ou só alguma ou algumas delas: poderá haver cláusulas gerais de recepção plena só dos tratados, ou só do costume, ou mesmo só do costume geral. Pelo contrário, a cláusula geral de recepção semi-plena, podendo também conter restrições quanto à fonte, tê-las-á, necessariamente, quanto ao objecto, e provocará a vigência interna de um grupo de normas internacionais identificadas pelo objecto comum. Diferente é o sistema da transformação, ou recepção individual, que implica para cada norma internacional a prática de um acto interno com a capacidade de a incluir na ordem jurídica interna. Trata-se de recepção material do conteúdo da norma e não da fonte normativa. A transformação pode ser explícita, se a norma internacional é objecto de um acto normativo interno, ou implícita, se entender que no processo de produção internacional da norma insere um acto de um ou mais órgãos do Estado susceptível de, por si próprio, conferir eficácia à norma a que se refere⁶⁸.

Não se conhece nenhuma Constituição moderna que expressamente recuse a vigência na ordem interna ao Direito Internacional. Tal negação poderia encontrar justificação política, se a ratificação de um tratado fosse independente de aprovação do órgão legislativo, pois poderia então dizer-se que havia uma forma indirecta de legislar pelo órgão competente para ratificar. Mas a tendência no moderno Direito Constitucional é para condicionar a ratificação à aprovação pelo órgão legislativo e, portanto, o sistema puro de transformação já não é praticado⁶⁹.

Duas doutrinas, em especial, discutem as relações Direito Internacional/Direito interno, quanto à validade dos tratados. A doutrina constitucionalista que defende que a observância das normas constitucionais constitui uma condição essencial para a validade dos tratados, já que o Direito Internacional remete para o Direito interno a determinação dos órgãos e dos procedimentos dos quais depende a formação e expressão da vontade de um Estado em obrigar-se por um tratado; a doutrina internacionalista que não aceita que as

⁶⁸ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 94 a 97. Também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.^a ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 142 e ss..

⁶⁹ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 96.

disposições constitucionais influenciem a validade dos tratados, pois sustenta que deve garantir-se a segurança e estabilidade das relações internacionais⁷⁰.

2. Do ponto de vista do Direito comparado

A Constituição norte-americana já continha uma norma sobre o valor jurídico dos tratados, mas apenas no século XX as Constituições passaram a ocupar-se, com nitidez, das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno⁷¹. Mas, tendo em conta os dados fornecidos pela evolução histórica, quase todas inserem cláusulas de recepção geral, plena ou semi-plena, e, quando as Constituições são omissas, a jurisprudência e a doutrina tendem a retirar delas soluções idênticas ou análogas⁷².

Perante a frequência com que as Constituições têm em conta o fenómeno convencional internacional, pode chamar-se a atenção para o silêncio generalizado dos ordenamentos internos a respeito das normas consuetudinárias.

Algumas Constituições, contudo, contêm referências expressas ao costume internacional, explicitando a recepção destas normas no Direito interno. É o caso por exemplo do artigo 25.º da Constituição da República Federal Alemã ou do artigo 10.º da Constituição italiana. Nestes casos não há dúvida de que os poderes do Estado e os particulares estão obrigados pelas normas gerais de Direito Internacional. E o que acontece com os ordenamentos jurídicos que não contêm disposições similares? A necessidade de integração e cooperação entre ambas as ordens mostra que nos casos em que os tribunais internos tiveram ocasião de referir-se às normas consuetudinárias procederam à sua aplicação sem que se tenham preocupado com a necessidade de um acto formal de recepção, acto formal esse que, por outro lado, seria impossível, na medida em que isso requereria ao Estado receptor um processo interno de codificação das normas consuetudinárias internacionais, de grande dificuldade a nível internacional. Esta solução, por outro lado, é congruente com a unicidade

⁷⁰ KEGEL, Patrícia Luíza - *As Constituições Nacionais ...*, cit., p. 38.

⁷¹ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 143 e ss..

⁷² MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 143 e ss..

do ordenamento internacional e com a qualificação de um facto como internacionalmente ilícito, sem que se distinga a origem convencional ou consuetudinária da obrigação violada⁷³.

No que respeita às normas convencionais existe uma diferença óbvia entre os ordenamentos que fazem referência à incorporação deste tipo de normas, que é a maioria, e os ordenamentos que não contêm referência alguma à recepção, este é o caso do Reino Unido e dos Estados surgidos da colonização britânica, o primeiro dada a ausência de Constituição escrita rígida, os segundos por terem formalizado as práticas consuetudinárias britânicas, entre as quais não se encontram referências específicas às normas internacionais. No conjunto dos restantes ordenamentos internos, herdeiros em maior ou menor medida da tradição constitucional europeia-continental, é usual que esta recepção se realize a nível de normas constitucionais, pelo que se pode afirmar que a recepção das normas internacionais tem carácter de mandato constitucional⁷⁴.

Assim, no Direito alemão há, como no francês, que distinguir a vigência do Direito Internacional geral e a dos tratados internacionais. A lei alemã admite a cláusula geral de recepção plena para o Direito Internacional geral, nada dizendo quanto à validade interna dos tratados. Efectivamente, a Constituição alemã de 1919 (Constituição de *Weimar*) no seu artigo 4.º dizia o seguinte: “as regras universalmente reconhecidas do Direito Internacional valem como parte integrante do Direito alemão”, o que significava, na época, que não necessitavam de “transformação” em lei interna, para que os órgãos as aplicassem. Este preceito referia-se fundamentalmente ao costume, que na altura abrangia grande parte do Direito Internacional. O problema da posição hierárquica do Direito Internacional permaneceu em aberto. Em caso de conflito entre normas internas e internacionais prevalecia o princípio de que a posterior revogava a anterior mesmo que esta estivesse em contradição com o Direito Internacional. Em suma, a Constituição de *Weimar* teve o mérito de “constitucionalizar” um problema que no continente europeu tinha sido apenas tratado na doutrina, aliás bastante dividida, e teve influência sobre outros textos constitucionais, como é o caso da Constituição austríaca, de 1920 e ainda hoje em vigor⁷⁵. A actual Constituição, de 23/5/1949, no seu artigo 25.º alterou o

⁷³ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 297-298.

⁷⁴ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 294-295.

⁷⁵ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno em Direito Comparado. In Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa: Gabinete de

sentido da disposição anterior ao dispor “As regras gerais do Direito Internacional fazem parte integrante do Direito Federal. Prevalecem sobre as leis e produzem de forma imediata direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. O artigo 100.º, n.ºs 1 e 2, assegura o respectivo controlo jurisdicional, atribuindo ao Tribunal Constitucional Federal competência para decidir sobre eventuais dúvidas relativas à compatibilidade de uma lei interna com o Direito Internacional geral. E a doutrina, na sua maioria, tem entendido que nas regras gerais, mencionadas na cláusula de recepção plena, se englobam os preceitos consuetudinários e os princípios gerais de Direito. Os tratados são referidos pela Lei Fundamental no artigo 59.º, onde se menciona o processo de celebração dos tratados mas não a sua validade interna. A jurisprudência alemã tem aceite a vigência do Direito Internacional convencional no plano interno, divergindo, todavia, quanto ao fundamento a dar-lhe. Na doutrina alguns Autores defendem a existência de uma cláusula geral, outros a de uma transformação implícita, porque o artigo 59.º exige para a conclusão dos tratados internacionais o mesmo processo de elaboração da lei interna, isto é, um tratado para ser válido necessita de uma lei federal que o transforme em parte integrante do sistema jurídico nacional. Essa lei de aprovação tem por conteúdo aquele do tratado internacional, que passa a ser portanto uma lei federal ordinária que pode, inclusive, ser objecto do controle de constitucionalidade. Esta hipótese significaria a adopção da teoria dualista nas relações entre o Direito interno e o Direito Internacional⁷⁶.

A melhor solução parece ser a primeira, porque a prática tem mostrado que o tratado só entra em vigor internamente no momento do início da sua vigência internacional e não no da ratificação, o que parece indicar que ele vigora, primariamente, como fonte internacional e não como fonte interna⁷⁷.

No caso específico da França é, desde a Constituição de 1875, o Presidente da República que detém as clássicas funções de representação externa do Estado e desempenha

Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 53/54: (1993), p. 139-190, especialmente p. 150-151.

⁷⁶ No sistema jurídico alemão coexistem dois modos de controle da constitucionalidade: o abstracto e o concreto. O abstracto está disposto no artigo 93.º, n.ºs 1 e 2, e o concreto é exercido no decurso de um processo judicial específico, artigo 100.º, n.º 1. Ver: KEGEL, Patrícia Luíza - *As Constituições Nacionais e os Limites à Integração Regional. In Temas de Integração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. 4.º vol. - 1.º Semestre 1999 - n.º 7: (1999), p. 33-55, especialmente p. 38-40.

⁷⁷ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 99 e 100. Ver também MARINÓ MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2.ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1993, p. 492. Também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 143 e ss., sobretudo p. 146 onde diz que as opiniões se repartem entre a recepção automática e a transformação implícita.

um papel especial, embora partilhado, na conclusão dos tratados. Do confronto entre a tendência parlamentarista da IV República e a corrente presidencialista do General de Gaulle resultou uma Constituição de compromisso, na qual prevaleceu esta última, agravada pela explosiva situação argelina, que impunha um poder forte e estável. Para além das tradicionais funções de representação do Estado, o Presidente da República assume um papel determinante na condução da política externa em geral e no Direito Internacional em particular. Cabe ainda salientar o papel do referendo previsto no artigo 11.º que pode ser utilizado para aprovar textos de Direito Internacional. O carácter presidencial da Constituição de 1958 atribui ao Presidente da República o poder tradicional dos chefes de Estado, ou seja a faculdade de ratificar tratados, acrescido do poder de os negociar previsto no artigo 52.º, quebrando a tradição francesa pela qual tal tarefa era normalmente competência do Presidente do Conselho de Ministros ou, por sua delegação, do Ministro dos Negócios Estrangeiros. A supressão desta diarquia constituiu uma verdadeira inovação na política francesa, já que, até 1958, só por excepção o Presidente da República intervinha. Durante a IV República manteve-se e até se acentuou a influência do Governo, a qual pressupunha inclusivamente alguma intervenção dos órgãos parlamentares. Cabe aqui recordar a recusa de ratificação, em 1954, pela Assembleia Nacional, do Tratado de adesão à Comunidade Europeia de Defesa⁷⁸.

No sistema jurídico francês é também necessário distinguir entre o Direito Internacional geral e o Direito Internacional convencional, quanto à sua vigência interna. O Preâmbulo da Constituição de 27 de Outubro de 1946, vigente por força do Preâmbulo da actual Constituição de 5/10/1958, tem duas alíneas (14 e 15) relativas ao Direito Internacional: a alínea 14 diz assim: “A República francesa, fiel as suas tradições, conforma-se com as regras do Direito Internacional Público. Não empreenderá nenhuma guerra de conquista e jamais empregará as suas forças contra a liberdade de outro povo”. Cabe referir que, em boa parte dos manuais de Direito Internacional franceses se classifica o sistema francês de monista com primado de Direito Internacional⁷⁹. A leitura da alínea 14 do referido Preâmbulo permite pensar, segundo Gérard Teboul, que a França, desde a II Grande Guerra, reconhece que as regras do Direito Internacional estão providas de uma validade própria, isto é, uma validade que não encontra o seu fundamento na ordem jurídica francesa. Com efeito, desde que o poder constituinte afirma que a República francesa entende conformar-se, na

⁷⁸ PIRES, Maria José Morais - *Relações de Direito ...*, cit., p. 161 e 164-165.

⁷⁹ PIRES, Maria José Morais - *Relações de Direito...*, cit., p. 162.

ordem internacional, com as regras do Direito público que aí se impõem, é possível considerar que, para os autores da Constituição, o Direito das gentes se caracteriza por uma força jurídica intrínseca. Nesta perspectiva, a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna apresentam-se como duas ordens providas de validade própria. Pode também observar-se que o artigo 52.º da Constituição é igualmente conciliável com a validade inicial do Direito Internacional, enfim, não será abusivo considerar, numa primeira análise, que o texto da Constituição francesa é compatível com a validade intrínseca do Direito Internacional (ou seja, independente da ordem jurídica francesa)⁸⁰.

Na Constituição de 1946, relativamente à posição hierárquica das normas de Direito Internacional, o artigo 28.º consagrava claramente a superioridade dos tratados em relação às leis. No artigo 91.º previa uma espécie de controle de constitucionalidade das leis através de um Comité Constitucional, que tinha competência para fazer adaptar a Constituição às leis e não para obrigar o legislador a respeitar o texto constitucional. A harmonia entre a lei e o texto constitucional seria conseguida não pela modificação da lei mas pela alteração da Constituição. É a concepção rousseauiana da lei como expressão da vontade geral. O texto de 1946, que proclamava a submissão às normas do Direito Internacional, aceitava ainda, sob reserva de reciprocidade, as limitações de soberania necessárias⁸¹.

Quanto ao Direito Internacional geral, a Constituição de 1958 é omissa, entendendo a jurisprudência e a doutrina que ele vale na ordem interna, não hesitando aquela em o aplicar em inúmeras espécies⁸². No que diz respeito aos tratados, o artigo 53.º refere sete categorias de tratados cujo objecto exige a intervenção do órgão legislativo, que se faz através da chamada “lei de autorização”, que apenas habilita as autoridades governamentais competentes a vincular internacionalmente o Estado, sendo por isso um acto jurídico interno, que não exprime o consentimento do Estado. Por outro lado, a lei de habilitação não tem carácter de “incorporação” do tratado na ordem jurídica interna, no sentido dualista. Aliás, o momento em que o Governo solicita autorização, através do envio de um projecto de lei, é totalmente discricionário e ocorre muitas vezes após a assinatura do tratado. O regime da lei de

⁸⁰ Ver: TEBoul, Gérard - *Ordre juridique international et ordre juridique interne*. In *Droit Public*. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, n.º 3: (Mai-Juin 1999), p. 697-719, especialmente p. 706-707.

⁸¹ PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito ...*, cit., p. 163-164.

⁸² PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - *Manual de Direito ...*, cit., p. 98 e 99, e também DIEZ DE VELASCO, Manuel - *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 13.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 2001, p. 195. Ainda MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito ...*, cit., p. 143 e ss..

habilitação é excepcional, sendo o princípio geral a competência incondicional do Presidente da República. O artigo 53.º é desprovido de sanção, pois nenhum órgão tem competência para *motu proprio* verificar se o Executivo respeitou este preceito constitucional, já que não está previsto o seu controlo por via de excepção; por outro lado, esta autorização só respeita à ratificação ou aprovação de tratados e acordos, exclui a denúncia, que incumbe por competência residual ao Presidente da República.

Trata-se de um sistema em que o acto de autorização pelo poder legislativo e o acto exterior do Chefe de Estado, que lhe segue, introduzem por si mesmos, no Direito interno, as normas convencionais, que ficam então pendentes, para a sua plena aplicabilidade interna, unicamente da sua publicação no jornal oficial correspondente. Estes sistemas são geralmente denominados de “recepção automática”. Neles a manifestação internacional da vontade do Estado de obrigar-se converte os tratados em “executórios” no Direito interno e são os textos destes que se publicam⁸³.

Uma outra forma de controle político prevista no artigo 11.º da Constituição francesa é o referendo que o General De Gaulle utilizava como meio para “ultrapassar” os órgãos parlamentares. Traduz-se pela iniciativa (não obrigatória) do P.R. da submissão a referendo da lei de autorização de ratificação de um tratado, que, sem ser contrário à Constituição, terá incidências no funcionamento das instituições. Este processo foi apenas utilizado duas vezes, por ocasião da ratificação do Tratado de Adesão à Comunidade Europeia do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca, em 23 de Abril de 1972, bem como no processo de ratificação do Tratado de Maastricht⁸⁴.

Declara o artigo 55.º da Constituição vigente: “os tratados regularmente ratificados ou aprovados têm, desde a sua publicação uma autoridade superior à das leis salvo reserva para cada tratado ou acordo de aplicação pela outra parte”. Assim, em relação aos tratados existe o sistema de cláusula geral de recepção plena, salvaguardando-se simultaneamente a reciprocidade na aplicação⁸⁵. O sistema francês inclui assim uma cláusula que os autores

⁸³ Ver: MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 528-529. Cabe também neste grupo, segundo aquele Autor: a Constituição da Alemanha, Bélgica e Luxemburgo (segundo o artigo 37.º, texto refundido em 1956, “O Grão-Duque acorda os tratados, que não produzirão efeitos antes de terem sido aprovados por lei e publicados segundo a forma prevista para a publicação das leis”) para além das supracitadas. E ainda a Argentina (artigo 31.º), México (artigo 133.º), Honduras (artigo 16.º) e Paraguai (artigo 147.º).

⁸⁴ PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito* ..., cit., p. 166-167.

⁸⁵ Rodríguez Carrión chama a esta cláusula uma recepção especial dizendo que a publicação equivaleria ao acto de promulgação e se converteria assim em requisito imprescindível para a aplicação interna das normas

qualificam habitualmente de incorporação automática das normas dos tratados internacionais aplicáveis à França. O artigo 55.º prevê um sistema de recepção individual ao exigir a publicação, o que segundo a jurisprudência francesa, muito criticada pela doutrina, é condição necessária e suficiente de aplicação dos tratados no Direito interno. Apesar do artigo 55.º admite-se que o juiz francês deveria, antes de aplicar um tratado, verificar se ele tinha sido regularmente ratificado e aprovado, nomeadamente, se as competências do Parlamento tinham sido respeitadas. A prática demonstra que o juiz se recusa a proceder a tal controle em nome do princípio da separação de poderes. Assim, toda e qualquer convenção, desde que tenha sido regularmente publicada, ou seja, que em execução de decreto do Presidente da República tenha sido publicada no jornal oficial, é aplicável na ordem jurídica interna. Em consequência, a publicação é uma formalidade substancial, não sendo por isso uma cláusula de incorporação, tendo apenas efeito constitutivo. A outra condição de aplicação dos tratados na ordem jurídica francesa é a regra da reciprocidade, a explicação de tal exigência talvez se encontre na tradição ou na tendência contratual do Direito Internacional convencional na doutrina francesa⁸⁶. Qual a repercussão desta condição de reciprocidade, que exige a aplicação do tratado pelo outro contraente? Ela pode ser invocada a título de aplicação, pelo particular da exceção de não cumprimento do contrato, ou por via de exceção em tribunal, devendo este requerer do Ministério dos Negócios Estrangeiros prova dessa eventual não execução do tratado pela outra parte. O aviso governamental que der a não aplicação como comprovada vinculará o juiz, como decisão prejudicial.

Os preceitos da Constituição francesa referenciados inspiraram várias outras Constituições: é o caso do artigo 28.º, n.º 1, da Constituição Grega, de 11/6/1975, que dispõe: “1. Formam parte do Direito helénico interno e terão um valor superior a toda a disposição em contrário às regras de Direito Internacional geralmente reconhecidas (...). Estará sempre sujeita à condição de reciprocidade a aplicação das normas de Direito Internacional.”⁸⁷.

convencionais. Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 295, também SEGORBE, Beatriz e TRABUCO, Cláudia - **O Conselho Constitucional Francês**. Coimbra: Quarteto Editora, 2002, p. 123-125.

⁸⁶ PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito* ..., cit., p. 167.

⁸⁷ E ainda do artigo 101.º da Constituição do Peru de 1979. Inspiraram-se também neste sistema alguns países que foram colónias de França, por exemplo: implicitamente o artigo 158.º da Constituição da Argélia, de 1976, que estabelece “O Presidente ratificará os acordos de índole política e os tratados que modifiquem o conteúdo de uma lei depois de a Assembleia Popular Nacional os ter aprovado expressamente” e também o artigo 78.º da Constituição da Mauritânia, de 1991, ao contrário em Túnez, 1959, os tratados ratificam-se mediante lei. Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 529.

Em Itália, a tendência dualista da doutrina influenciou de forma decisiva a legislação e a jurisprudência.

A Constituição italiana, de 27 de Dezembro de 1947, resolve esta questão no seu artigo 10.º que dispõe “o ordenamento jurídico italiano ajustar-se-á às normas do Direito Internacional geralmente reconhecidas” que é quase sempre interpretado como uma recepção automática do Direito Internacional, fazendo com que a doutrina italiana, em boa parte dualista, não deixe, contudo, de reconhecer a existência de uma cláusula geral de recepção plena no seu Direito interno⁸⁸.

Em Itália, os tribunais têm sustentado que o artigo 10.º da Constituição não afecta a validade da legislação aprovada antes da entrada em vigor da Constituição⁸⁹. Quanto ao Direito consuetudinário, o artigo 10.º não permite a incorporação das normas de Direito Internacional geral na ordem jurídica italiana, as quais são aplicadas pelos tribunais com base apenas no próprio artigo 10.º, que por si só fundamenta a adopção das normas de costume internacional na ordem jurídica italiana, bem como a sua aplicação pelos tribunais. O Tribunal Constitucional também segue esta interpretação pois nunca admitiu que as normas consuetudinárias deveriam ser prévia e expressamente aceites pela ordem jurídica italiana⁹⁰.

Os comentaristas, na sua maioria, estão de acordo em que se trata de uma adaptação automática. O procedimento de adaptação do artigo 10.º da Constituição italiana reúne os caracteres de directo, automático, permanente, contínuo e completo. Este conjunto de caracteres foi precisado por Sereni⁹¹ da seguinte forma: “É directo uma vez que não contempla actos ou factos particulares como idóneos para criar normas jurídicas, mas sim prevê por si mesmo adaptar o Direito interno ao Direito Internacional geral, tomando como único elemento de referência as normas deste, e também as outras normas do ordenamento italiano com as quais estão relacionadas as normas instituídas mediante tal procedimento; é automático porque actua em relação a cada uma das normas do Direito Internacional desde o momento em que estas entram em vigor e sem necessidade de fazer intervir um acto concreto

⁸⁸ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito ...**, cit., p. 102. E CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit International Public. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344, especialmente p. 227. E ver: MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional ...**, cit., p. 492.

⁸⁹ Ver: BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito Internacional Público**. 4.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 62.

⁹⁰ PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito ...*, cit., p. 147.

⁹¹ SERENI, A. P. - **Diritto Internazionale**. T. I. Milano, 1956, p. 226-227.

da legislação italiana; é permanente e contínuo porque o seu funcionamento não está limitado pelo tempo e a qualquer variação de uma norma internacional geral segue-se de forma imediata uma correspondente variação das normas internas de adaptação. Finalmente é completo porque introduz no ordenamento interno todas as normas necessárias para a sua adaptação às normas de Direito Internacional geral”⁹².

No que diz respeito ao valor da expressão “normas de Direito Internacional geralmente reconhecidas”, Francesco Capotorti entende que ela é equivalente à expressão “normas internacionais tendo eficácia geral” e que desta maneira a tendência da ordem italiana anterior à Constituição republicana está confirmada. Daí que as normas introduzidas por costumes particulares continuam excluídas da aplicação do procedimento automático⁹³.

Quanto ao Direito Internacional convencional, em Itália não há preceitos homólogos aos relativos ao Direito Internacional geral ou comum e a doutrina, tradicionalmente dualista, propende para um sistema de transformação⁹⁴. De acordo com o disposto no artigo 80.º, da Constituição italiana, o acto por meio do qual o Parlamento autoriza ao poder executivo que manifeste, internacionalmente, a vontade do Estado em obrigar-se mediante tratado, deve produzir-se antes da dita manifestação e condiciona a sua regularidade constitucional, mas trata-se de um acto que não basta para introduzir as normas convencionais no Direito interno. Por isso, em cada caso, o tratado celebrado com prévia autorização, ao ser publicado, deve ser acompanhado de um acto normativo *ad hoc*, denominado “ordem de execução” o qual deve ter valor de lei se a matéria em causa no tratado estiver reservada pela Constituição italiana ao poder legislativo, ou de um decreto se a matéria for competência do executivo. A dita lei ou decreto produzem a transformação do tratado numa norma de Direito interno de idêntico conteúdo e que terá o mesmo valor hierárquico da norma interna que operou a sua transformação. Desse modo, na ordem italiana lei e tratado possuirão igual valor hierárquico⁹⁵.

De acordo com a Constituição belga, ao contrário do Direito Internacional comum não escrito - a saber, o costume e os princípios gerais - que parece fazer parte do Direito interno sem nenhuma formalidade de recepção ou de publicidade, os tratados internacionais não são

⁹² DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 199.

⁹³ CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit ..., cit., p. 228.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 145.

⁹⁵ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 528; e ainda DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 196.

imediatamente aplicáveis na ordem jurídica interna. Existem três condições de aplicabilidade interna dos tratados: exige-se que entrem em vigor na ordem jurídica internacional⁹⁶, a publicação dos tratados no *Moniteur Belge* não constitui condição da sua aplicação interna a não ser na medida em que eles confirmem, directamente, direitos e obrigações aos indivíduos, e a principal condição de aplicabilidade interna visa a recepção, propriamente dita, dos tratados na ordem jurídica estadual pelas leis que os aprovam.

A Bélgica conheceu no decurso dos últimos 25 anos profundas reformas institucionais com vista a transformá-la num Estado federal. Três Comunidades e três Regiões viram atribuir-lhes competências materiais em princípio exclusivas. A autonomia assim conferida às colectividades federadas, pela redistribuição do poder legislativo⁹⁷, foi progressivamente prolongada pelo rearranjo da competência internacional.

O artigo 167.º da Constituição - de acordo com a revisão de 5 de Maio de 1993, e renumerada, em 17 de Fevereiro de 1994 - constitui o resultado desse rearranjo. No seu n.º 2 dispõe que “O Rei conclui os tratados, com excepção daqueles que tratem as matérias visadas no n.º 3. Estes tratados não produzirão efeito a não ser depois de receber a aprovação das Câmaras”. O n.º 3 prevê que “Os governos das Comunidades e da Regiões (...) podem concluir, cada um no âmbito das suas competências, tratados sobre matérias que são de competência do seu Conselho. Estes tratados não produzirão efeito antes da aprovação do Conselho”. Assim, o poder constituinte consagrou - tanto ao nível da conclusão dos tratados como da sua aprovação - o paralelismo entre a repartição das competências internas e das competências externas. Ao modificar assim, expressamente, pela primeira vez, desde 1831, o antigo artigo 68.º da Constituição⁹⁸, o artigo 167.º traz uma solução simples para várias controvérsias: primeiro, o artigo 167.º coloca as Regiões e as Comunidades em pé de igualdade ao conferir-lhes um “*treaty making power*” que tinha sido, anteriormente, objecto de diversas contestações, em segundo lugar, ele estabelece que todos os tratados, sem

⁹⁶ J. Verhoeven considera como prévio, à aplicação interna de um tratado internacional, a verificação pelo juiz nacional da sua existência, da sua validade internacional, e do seu carácter autónomo. Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe et Primauté des Traités Internationaux et du Droit Communautaire*. In *Revue Belge de Droit International*. Bruxelles: Bruylant. Vol. XXIX: (1996 - 1), p. 33-89, especialmente p. 36, pé-de-página n.º 5.

⁹⁷ Os decretos comunitários e regionais - os regulamentos para a Região de Bruxelas capital - têm força de lei, isto é, no plano da hierarquia das normas têm a mesma autoridade que a lei. Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe ...*, cit., p. 37, pé-de-página n.º 8.

⁹⁸ O antigo artigo 68.º dispunha “O Rei comanda as forças de terra e de mar, declara a guerra, faz os tratados de paz, de aliança e de comércio (...) Os tratados de comércio e aqueles que possam onerar o Estado e obrigar individualmente os Belgas, não têm efeito antes de receber a aprovação das Câmaras (...)”. Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe ...*, cit., p. 37, pé-de-página n.º 13.

excepção, devem recolher a aprovação de uma assembleia para produzir efeitos na ordem interna, suprimindo, assim, os problemas ligados à qualificação dos tratados sujeitos a aprovação, reentrando no campo do antigo artigo 68.º; em terceiro lugar, os artigos 75.º, alínea 3, e 77.º, n.º 6.º, da Constituição referem-se às “leis de aprovação” o que parece confirmar que a aprovação só pode tomar a forma de uma lei, de um decreto ou de um regulamento. As leis, decretos ou regulamentos de aprovação dos tratados internacionais constituem uma condição de “eficácia interna”, ou seja, um acto que visa torná-los executórios, obrigatórios, ou ainda aplicáveis na ordem interna? Ou trata-se de uma condição de constitucionalidade externa, relativa à competência de concluir tratados e susceptível a esse título de afectar a sua validade internacional?

De acordo com Ganshof Van Der Meersch, a aprovação é um “acto de alta tutela” que “autoriza” ou “permite” ao Rei ratificar os tratados e obrigar a Bélgica no plano internacional. Numa tal perspectiva, a validade internacional de um tratado - sobretudo subordinado à aprovação parlamentar - constituiria condição suficiente para a sua aplicabilidade interna, assim aquele Autor afirma que “(...) a ratificação (...) será o acto último que dará efeito ao tratado, não somente na ordem internacional mas também na ordem interna (...). A força obrigatória do tratado em Direito interno está ligada à sua entrada em vigor em Direito Internacional”⁹⁹.

Na verdade, aquele Autor não parece ver na lei de aprovação, unicamente uma das “condições extrínsecas colocadas pela Constituição (...) para a conclusão dos tratados”, ele vê também, cumulativamente, “uma ordem de execução do tratado que terá, em princípio, como efeito fazê-lo produzir os seus efeitos”. Sem dúvida, esta confusão provém do facto que em todas as hipóteses, a falta de aprovação parlamentar dos tratados faz com que eles não produzam os seus efeitos na ordem interna. A prática diplomática belga inclinou-se a favor da tese que não vê na aprovação mais do que uma condição de eficácia interna. Ela rejeita assim a concepção de autorização prévia susceptível de afectar tanto a constitucionalidade externa como a validade internacional dos tratados. É dada como regra não ratificar um tratado antes de obter o consentimento parlamentar, a fim de evitar toda a discordância entre a ordem interna e a ordem internacional¹⁰⁰.

⁹⁹ Citado por: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 36-38. E PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 102.

¹⁰⁰ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 39-40.

Se aceitarmos que em todo o caso o acto da aprovação dos tratados constitui uma condição da sua eficácia interna, então falta ainda saber qual é a natureza exacta desse acto. Se é verdade que a ideia de uma formalidade constitucional determinando a aplicação interna de uma regra internacional implica, desde logo, uma concepção dualista das ordens jurídicas, a natureza desta formalidade não deixa de reforçar este dualismo.

A lei de aprovação consiste numa lei puramente formal cuja função se resume a abrir a porta da ordem jurídica interna a fim de aí introduzir o tratado e de o aplicar como tal, isto é guardando a sua natureza de norma internacional? Ou, ao contrário, é preciso considerar esta lei como uma lei material que incorpora o conteúdo normativo do tratado, de modo que, este se aplique na ordem jurídica interna tal como a lei belga?

A jurisprudência não tem sido muito coerente. Denota-se uma consonância dualista em algumas das suas decisões, segundo as quais uma convenção tornar-se-á um acto “equivalente a uma lei”, mediante aprovação legislativa.

Ganshof Van Der Meersch parece ter posto fim às controvérsias ao negar à lei de aprovação o carácter de uma lei material. Ele demonstrou que “É o tratado, ele mesmo, a sede das normas e não o acto de aprovação”. Segundo aquele Autor o acto de aprovação não é uma lei, nem do ponto de vista material, nem mesmo do ponto de vista da sua forma ou dos seus efeitos. Ele parece fundar o seu argumento no facto de a função de celebrar tratados pertencer o Rei. É ele que detém o *ius tractati* e que tem o direito de não ratificar um tratado previamente aprovado. Também só o Rei pode denunciar os tratados sem ter de pedir a aprovação das Câmaras, mesmo que eles tenham estendido os seus efeitos à ordem jurídica belga. Nesta perspectiva, o tratado não entra em vigor na ordem interna pelo simples facto de a lei de aprovação ter sido sancionada, promulgada e publicada, como acontece com as outras leis. Para além disso, ele não pode cessar de estar em vigor por um acto do legislador¹⁰¹.

Durante muitos anos, a jurisprudência e a doutrina estiveram ligadas à tese daquele Autor, entretanto, foram confrontadas por outras opiniões e, sobretudo, por um aspecto da competência do Tribunal de arbitragem determinada pelo próprio legislador¹⁰². O Tribunal de

¹⁰¹ Aquele Autor, no que diz respeito à forma de aprovação, defende que a aprovação do tratado não tem, necessariamente, de se traduzir numa lei e que uma simples resolução das Câmaras será suficiente para aprovar o tratado. Citado por: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 41, pé-de-página n.º 33.

¹⁰² Entre os autores reticentes a não ver na lei de aprovação mais do que uma lei formal releva J. Masquelin que assimila a aprovação legislativa a um “procedimento de legislação indirecto pelo qual o legislador faz seu um acto de que ele não é o autor”. O autor compara, igualmente, a aprovação legislativa dos tratados ao procedimento de ratificação legislativa dos Acórdãos de poderes especiais. Por sua vez R. Ergéc mostra, justamente, que esta assimilação não é relevante porque o Rei detém os poderes especiais de uma lei de

arbitragem é um Tribunal Constitucional de “vocação limitada” criado, em 1983, para fazer respeitar a partilha da competência legislativa entre os legisladores federal, comunitário e regional. A partir de 1989, tornou-se igualmente competente para conhecer da violação, pelas diferentes regras de valor legislativo, do princípio da igualdade e das regras constitucionais relativas ao ensino e tem também competência para sancionar a validade, no limite das suas atribuições, das leis, decretos e regulamentos pelos quais um tratado recebe a aprovação. Como, desde logo, explicar que o Tribunal possa ser competente para controlar a constitucionalidade material de uma lei de aprovação se não a considerar como uma lei em sentido material? Como explicar que a inconstitucionalidade material possa cair sobre o acto de aprovação sem que este último tenha incorporado o conteúdo normativo? Uma resposta foi proposta a seguir ao primeiro Acórdão do Tribunal: a lei de aprovação corresponderia a uma “decisão individual”, consentindo em introduzir no Direito belga o tratado do qual ela “se apropriaria” da eventual inconstitucionalidade. Esta solução técnica pareceu ser a que melhor podia conciliar a formulação da competência do Tribunal de arbitragem com as teses do autor Ganshof Van Der Meersch às quais a doutrina e a jurisprudência estavam, maioritariamente, ligadas¹⁰³.

Em sentido restrito, mas também no mais corrente, o efeito directo de uma norma de Direito Internacional define-se como a sua aptidão “para conferir por ela mesma, aos particulares, sem exigir qualquer medida interna de execução, direitos dos quais eles se podem prevalecer perante as autoridades (jurisdicionais) do Estado, onde a regra se encontra em vigor”. Para alguns, os efeitos internos dos tratados internacionais aplicáveis na Bélgica resumem-se aos seus efeitos directos subjectivos. Os tratados que obrigam os Estados a colocar a sua legislação em concordância com as disposições destes, a transpor essas disposições para a ordem interna, a regular uma matéria respeitando certos princípios ou ainda adoptar medidas complementares de execução propriamente ditas, só produzem obrigações na ordem jurídica internacional. As disposições internacionais não directamente aplicáveis

habilitação, uma vez que ele tira o seu *treaty making power* directamente da Constituição. Citados por BRIBOSIA, Hervé, - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 41, pé-de-página n.º 34.

¹⁰³ Ver: BRIBOSIA, Hervé, - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 40-41. E também DELPÉRÉE, Francis - *Les rapports de cohérence entre le Droit Constitutionnel et le Droit International Public*. In *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France. N.º 3: (Février 1999), p. 729-740, especialmente p. 731.

“subjectivamente” serão pura e simplesmente inaplicáveis na ordem interna não obstante o acto interno de recepção¹⁰⁴.

Já um Parecer, de 3 de Março de 1928, sobre a interpretação do acordo polaco, relativo ao estatuto dos funcionários dos caminhos de ferro em que se discutia a competência dos tribunais de *Dantzig*, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional afirmou que “a intenção das Partes” no tratado era “decisiva” para poder determinar se este continha regras “criando direitos e obrigações para os indivíduos e susceptíveis de serem aplicados pelos tribunais nacionais”. Na ordem jurídica belga, a concepção clássica tanto doutrinal como jurisprudencial do fundamento dos efeitos directos dos tratados é conforme àquela da ordem jurídica internacional: estes devem ser procurados na vontade das Partes contratantes (fundamento “subjectivo” internacional). Nesta perspectiva o carácter *self-sufficient* das disposições - a saber, o seu carácter suficientemente claro, preciso, e completo - constitui, certamente, uma condição necessária mas insuficiente da sua aplicabilidade directa. É preciso, ainda, que as Partes contratantes façam, claramente, aparecer a sua vontade a este propósito. De outro modo, a clareza e precisão dos termos de um tratado fornecem o índice para determinar a intenção das partes contratantes. Ao inverso desta concepção tradicional, a tendência actual, tanto na doutrina como na jurisprudência, consiste em assimilar as disposições directamente aplicáveis dos tratados, regularmente introduzidos na ordem interna, com aquelas que são *self-sufficient* (fundamento “objectivo”), sem se preocupar com outra medida da vontade dos redactores dos ditos tratados, contrariando esta. A tese do fundamento objectivo parece implicar que este fundamento reside na ordem jurídica estadual (fundamento “objectivo” interno). Com efeito, é suficiente que a regra internacional tenha sido recebida em concordância com o preceito constitucional pela ordem interna para ser aí aplicada e ser aplicável da mesma maneira que o Direito interno, a saber, directamente ou após ter sido normativamente executada segundo o seu grau de precisão e clareza.

A tese do fundamento internacional dos efeitos directos na vontade das Partes contratantes não se desenvolveu para além do quadro da noção restrita (subjectiva) da aplicabilidade directa. Certos autores vão mesmo até à distinção entre o que chamamos de efeitos directos subjectivos e objectivos, fundando os primeiros na intenção dos autores dos tratados e os segundos na ordem interna e mais concretamente sobre o carácter objectivamente preciso e completo das disposições em causa.

¹⁰⁴ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe ...*, cit., p. 44-45.

Fundar a aplicabilidade directa de um tratado sobre o seu carácter suficientemente preciso ou completo favorece o reconhecimento de efeitos directos objectivos pois aqueles que os vão aplicar não devem preocupar-se com a intenção dos autores. Parece, assim, que a tese do fundamento objectivo favoreceu, efectivamente, o alargamento da noção de aplicabilidade directa aos efeitos objectivos.

As razões para os Governos quererem suspender os efeitos internos de um tratado, até à intervenção normativa do legislador ou do governo nacional, podem ser numerosas e importantes, não obstante o carácter objectivamente claro e preciso das suas disposições. O objectivo poderá ser de retardar os efeitos internos, conceder às ditas autoridades um certo poder discricionário, em vez de o conceder aos juízes ou à administração, de aplicar o conteúdo por meio de uma transposição em Direito interno a fim de aumentar a efectividade interna.

Em resumo, tanto a tese do fundamento objectivo interno como a do fundamento subjectivo internacional dos efeitos internos dos tratados repousam, em última análise, sobre o acto estadual de recepção dos tratados. A tese do fundamento subjectivo internacional parece mais lógica uma vez que ela postula a aplicação do conteúdo dos tratados regularmente introduzidos na sua totalidade e abrange o que eles dispõem quanto à sua aplicabilidade directa. A tese do fundamento objectivo interno favorece uma aplicação larga dos tratados na ordem interna. Todavia, distinguir a origem do fundamento da aplicabilidade directa segundo o tipo de efeito directo - objectivo ou subjectivo - parecia irrelevante¹⁰⁵.

Em guisa de conclusão, pretende temperar-se a tese segundo a qual as condições de aplicação e particularmente de introdução dos tratados internacionais relevam unicamente da ordem constitucional, enquanto que a questão dos seus efeitos internos dirige-se, exclusivamente à ordem internacional. É pouco frequente que um tratado determine os procedimentos internos relativos à sua recepção interna ou obrigue expressamente os Estados contratantes a incorporá-lo na ordem interna. Pelo contrário, da mesma maneira que as convenções internacionais podem suspender os seus efeitos internos, nada as impede de repudiar toda a aplicação interna, não obstante a existência de um acto interno de recepção. Quanto aos efeitos internos o seu fundamento tradicional na vontade das Partes contratantes é, na prática, cada vez mais batido pela tese do fundamento interno que se satisfaz com os

¹⁰⁵ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe ...*, cit., p. 49-52, também TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 225-227.

critérios objectivos de clareza e de precisão da regra. Por outro lado, mesmo a tese do fundamento subjectivo internacional repousa, em última análise, sobre o acto interno de recepção e mais particularmente sobre a sua natureza formal: a vontade dos autores relativa à aplicabilidade directa - subjectiva e objectiva - não tem força obrigatória na ordem interna uma vez que foi introduzida por uma lei de aprovação.

Isto leva-nos a situar mais precisamente a posição da ordem jurídica belga sobre a escala do monismo - dualismo. Ela não é plenamente monista pois a aplicabilidade interna dos tratados - mesmo comunitários - está subordinada à adopção de um acto interno de recepção. Ela também não é totalmente dualista porque uma vez introduzidos por e na ordem interna, os tratados são aplicados como tal¹⁰⁶.

Em certos sistemas, a eficácia interna do tratado parece estar condicionada de “modo reforçado” pela publicação oficial do mesmo. Este é o caso do artigo 93.º da Constituição da Holanda, segundo o qual “As estipulações de tratados (...) que em virtude do seu conteúdo obriguem directamente os indivíduos, não terão força vinculante até terem sido publicados”¹⁰⁷. Esta Constituição consagra um sistema dualista moderado, de acordo com Díez de Velasco, que entende que a recepção do Direito Internacional convencional, neste sistema jurídico, se faz mediante transformação em lei interna, se bem que o tratado tem força superior à lei como estabelece o artigo 94.º¹⁰⁸.

O sistema do Direito britânico (e nos países da Commonwealth) reveste particular interesse em virtude da diversidade da sua ordem jurídica e em especial do sistema judicial. Por outro lado, a ausência de Constituição escrita torna ainda mais interessante a análise da sua evolução. As tendências dualistas da ordem jurídica britânica, fundadas na soberania do Parlamento como única fonte de Direito, são evidentes, tanto na doutrina como na jurisprudência. O sistema caracteriza-se pela conjugação de uma cláusula geral de recepção plena com o método da transformação. O passo célebre de Blackstone¹⁰⁹, segundo o qual “*the*

¹⁰⁶ BRIBOSIA, Hervé, - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 55-56.

¹⁰⁷ O mesmo se passa com o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição portuguesa. Na Rússia, de acordo com o artigo 106.º da Constituição, a ratificação dos tratados requer a promulgação de “Leis Federais” cuja constitucionalidade pode ser apreciada pelo Tribunal Constitucional. Ver: MARINO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 529.

¹⁰⁸ DíEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 196.

¹⁰⁹ Formulado nos seus “Commentaries” de 1765 - Tomo VI, livro IV, cap. V - apoiando-se em decisões judiciais pronunciadas no século XVIII.

law of nations (...) is here adopted in its full extent by the Common Law and is held to be part of the law of the land”, reflecte, ainda hoje, o entendimento do Direito britânico, operando a recepção automática do Direito Internacional consuetudinário. No que se refere ao Direito convencional a concepção de que o *treaty-making power* faz parte da prerrogativa real obsta à vigência interna do tratado, a divisão de poderes entre o Parlamento e a Coroa, impedindo esta de legislar internamente por si só, força, assim, à utilização, por via de regra, do sistema de transformação, os *self-executing treaties* terão, por isso, de ser objecto de um *Act of Parliament*. Embora esta regra também sofra excepções, em geral não se admite a recepção automática^{110 111}.

Diz J. L. Bierly que constitui doutrina aceite que o Direito Internacional faz parte do Direito britânico. Trata-se da chamada doutrina da “incorporação”. Como o Direito Internacional faz parte do Direito interno, os tribunais conhecê-lo-ão oficiosamente.

A primeira declaração judicial da doutrina da incorporação é uma decisão do *Lord Chancellor Talbot* no caso *Barbuit*, em 1735, onde se diz que “o Direito Internacional constitui, no seu sentido mais amplo, parte do Direito de Inglaterra”. Não há nada na decisão que sugira que o *Lord Chancellor* introduziu um princípio novo, pelo contrário, parece reafirmar apenas aquilo que o Direito já consagrava.

Para se compreender a origem provável da doutrina temos de recordar que o Direito Internacional era inicialmente concebido como mera aplicação do Direito natural às relações entre príncipes soberanos e que o *Common Law* pretendia igualmente ser a razão encarnada. Compreendia-se que os juízes vissem os dois Direitos, não como ordenamentos separados, mas como a aplicação, a diferentes matérias de partes distintas de um grande ordenamento

¹¹⁰ A doutrina britânica é pacífica quanto a este entendimento em geral, embora possa divergir quanto às excepções admissíveis. PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 97 e 98. E ainda MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 145.

¹¹¹ Segundo o Professor Diez de Velasco a adopção automática do Direito Internacional geral ou comum dentro dos ordenamentos jurídicos internos está prevista em algumas Constituições. Podendo assinalar-se como precedente mais antigo, o princípio do Direito anglo-saxão que diz “*International law is part of the law of the land*”. Esta regra do *Common Law* inglês, aplicável a respeito das normas de Direito Internacional comum “autoriza o juiz interno a considerar como formando parte do *Common Law* as regras imperativas e certas do Direito Internacional Comum”. “Por esta razão o juiz não aplicará mais do que aquelas regras de Direito Internacional consuetudinário que possam, razoavelmente, considerar-se como tenham recebido a adesão do Estado inglês”. O princípio de referência aplica-se apenas ao Direito Internacional geral e não ao Direito Internacional particular ou convencional. Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 9.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. Especialmente p. 189, sem correspondência no texto da 13.^a ed., de 2001. VISSCHER, P. de - Les tendances internationales des Constitutions modernes. In *Recueil des Cours*. Vol. II, n.º 80: (1952), p. 523.

jurídico. Tal doutrina persistiu mesmo depois de terem passado de moda, no século XIX, as teorias jusnaturalistas sobre o fundamento do Direito Internacional, substituídas pela visão positivista segundo a qual o seu fundamento é o consentimento expresso ou tácito dos Estados. A única mudança que sofreu foi nos termos um tanto diferentes em que passou a ser formulada. O *Lord Chief Justice Alverstone* enunciou-a nestes termos, no caso *West Rand Mining co. v. O Rei*, em 1905: “Aquilo que recebeu o consenso unânime das nações civilizadas recebeu o consenso do nosso país, e aquilo em que assentimos juntamente com a generalidade das nações pode ser correctamente designado por Direito Internacional, e como tal reconhecido e aplicado pelos nossos tribunais, de todas as vezes que estes tenham de decidir questões nas quais tal Direito é aplicável”. Uma declaração mais recente deve-se a *Lord Akthin*, no caso *Chi Chung v. O Rei*: “Os Tribunais reconhecem a existência de um corpo de normas aceite pelas nações. Em qualquer litígio, procurarão determinar a norma aplicável e, uma vez achada esta, consideram-na como estando incorporada no Direito interno”. A doutrina é admitida no Direito britânico, segundo aquele Autor há pelo menos 200 anos, sujeita no entanto, a certas restrições que há que admitir. Uma delas respeita à supremacia dos actos legislativos do Parlamento, de acordo com a Constituição britânica. O Direito Internacional é parte do *Common Law* que, nos tribunais britânicos, tem de ceder perante leis emanadas do Parlamento. Um outro limite à doutrina da incorporação consiste no facto de um tratado, nos termos da Constituição britânica, não se tornar parte do Direito interno pelo simples facto de obrigar internacionalmente. A conclusão de tratados compete ao poder executivo, sem intervenção do legislativo. Portanto, se um tratado se tornasse *ipso facto* parte do Direito interno, isso equivaleria a atribuir-se competência legislativa interna ao poder executivo.

Uma terceira restrição à doutrina deriva da prática seguida pelos tribunais britânicos de aceitarem informações do executivo, em lugar dos meios normais de prova, em relação a assuntos que consideram abrangidos nas atribuições daquele. Dickinson¹¹² resumiu nestas palavras a teoria da incorporação “A moderna doutrina anglo-americana entende que uma norma interna sobre um litígio internacionalmente relevante deve ser derivada, na falta de lei, regulamento ou precedente judicial, dos princípios aplicáveis de Direito Internacional tácita ou expressamente aceites pela nação. A norma assim recebida não deixa de ser uma norma

¹¹² Citado por: BRIERLY, J. L. - **Direito Internacional**. 4.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, p. 92.

interna, apesar da sua origem internacional. A referência ao consentimento implícito ou expresso não constitui elemento essencial desta doutrina (...). Por conseguinte, a doutrina anglo-americana da incorporação, tal como se aplica é estruturalmente correcta”. Trata-se de uma doutrina benéfica, pois leva os tribunais internos a reconhecer a autoridade do Direito Internacional e, ao mesmo tempo, a negar-lhe qualquer qualidade específica que o distinga do interno¹¹³.

Quanto ao Direito Internacional convencional, as suas normas são normalmente “transformadas” em leis internas e como tal aplicadas pelos tribunais. Segundo Oppenheim, a justificação deste método deve-se ao facto da ratificação de tratados ser prerrogativa da Coroa, pelo que será necessário um *Act of Parliament* para que um tribunal possa aplicar as suas normas. Assim, no caso *Trakrar v. Secretary of State for Home Office*, em 1974, Lord Denning segue uma visão dualista da aplicação do Direito Internacional, sendo que “*rules of international law only became part of our law in so far as they are accepted and adopted by us*”. O sistema britânico do precedente judicial vinculativo poderá causar algumas dificuldades, pois o juiz está vinculado à decisão judicial anterior, mesmo que a norma internacional seja alterada. Mas, o pragmatismo resolveu o problema no caso *Trendex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, de 1977, no qual o mesmo Lord Denning adota claramente a doutrina da incorporação, pois aceita que se o Direito Internacional - que foi incorporado no Direito inglês - não conhece o princípio do precedente judicial, a alteração das suas normas foi automaticamente incorporada no Direito inglês¹¹⁴.

Em Inglaterra, e ao que parece na maior parte dos países da *Commonwealth*, a conclusão e a ratificação de tratados são prerrogativas da coroa (ou do seu equivalente), e se a doutrina da transformação não se aplicasse, a Coroa poderia legislar sobre este assunto sem o consentimento parlamentar. Como consequência, os tratados só fazem parte do Direito inglês se uma lei de autorização for aprovada pelo Parlamento, o que em geral tem lugar antes da ratificação. Esta regra aplica-se aos tratados que afectam direitos ou responsabilidades dos particulares, aos que resultam num encargo para o orçamento público ou aos que exigem, para poderem ser aplicados pelos tribunais, uma alteração do Direito consuetudinário inglês.

¹¹³ Ver: BRIERLY, J. L. - **Direito Internacional**, cit., especialmente p. 85-92. O Professor Silva Cunha diz que a cláusula de recepção plena vigora quanto ao Direito Internacional consuetudinário. Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 98-99.

¹¹⁴ PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito ...*, cit., p. 158-159.

Assim, os tratados não fazem parte automaticamente do Direito inglês a não ser no caso de certos tratados de cessão territorial e dos tratados que regulam a condução da guerra.

A regra é a de que em caso de conflito, a lei prevalece sobre o tratado. Trata-se de um princípio de Direito Constitucional e não de uma regra de interpretação. Existe, no entanto, uma regra de interpretação amplamente reconhecida que é geralmente enunciada da seguinte forma: presume-se que o parlamento pretende cumprir as suas obrigações internacionais, quando aprova legislação que atribui efeitos jurídicos na ordem interna a uma convenção internacional.

Em Direito interno, a legislação que atribui efeitos jurídicos às disposições de um tratado pode assumir diversas formas. Uma lei pode promulgar directamente as disposições de um instrumento internacional, o qual tomará a forma de um anexo a essa lei. Em alternativa, a lei pode empregar as suas próprias disposições substantivas para atribuir efeitos jurídicos a um tratado, não sendo o texto deste directamente promulgado. Nesta última situação a lei pode referir-se à convenção internacional na sua designação oficial ou abreviada e, também, no preâmbulo e no anexo¹¹⁵.

Diz Ian Brownlie que o princípio dominante, caracterizado habitualmente como a doutrina da incorporação, é o princípio segundo o qual as regras consuetudinárias devem ser consideradas como parte do Direito de um país e devem ser aplicadas enquanto tais, com a restrição de que são incorporadas apenas na medida em que tal incorporação não seja incompatível com a legislação em vigor ou com decisões judiciais transitadas em julgado. Este princípio é confirmado por uma longa série de jurisprudência e representa uma política mais prática do que teórica seguida pelos tribunais.

Contudo, os casos decididos desde 1876 são interpretados por alguns autores de tal forma que substituem a doutrina da incorporação pela da transformação, isto é, o Direito consuetudinário só faz parte do Direito inglês na medida em que as suas regras tenham sido claramente adoptadas e transpostas através de legislação, decisões judiciais ou práticas estabelecidas¹¹⁶.

¹¹⁵ Ver: BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito Internacional Público**. 4.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Especialmente p. 55-60. Também MALANCZUK, Peter - **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 7.^a ed. revista. London: Routledge, 1997, p. 66 e ainda MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 527.

¹¹⁶ Ver: BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito** ..., cit., p. 55-56.

Em algumas Constituições o Estado limita-se, simplesmente, a declarar que se observará o Direito Internacional como uma norma de conduta, entre elas pode-se assinalar o artigo 29.º, n.º III, da Constituição irlandesa, de 1 de Julho de 1937, em que se diz que: “A Irlanda aceita os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos como regras de conduta nas suas relações com outros Estados”¹¹⁷.

No n.º 6, do mesmo artigo estabelece-se: “Nenhum acordo internacional pode fazer parte do Direito interno do Estado a não ser na medida em que o Parlamento o aceite”. Pode-se afirmar que pertencem a este grupo todos os sistemas estatais que, sem conterem disposições específicas sobre a “recepção” convencional, estabelecem que o poder legislativo deve intervir por meio de procedimentos ou actos específicos para tornar eficazes, no Direito interno, as normas convencionais. O acto que se publica é então a lei ou outra norma interna e não o tratado internacional, ainda que a técnica legislativa de introdução possa consistir na simples reprodução do texto do tratado¹¹⁸.

O Direito norte-americano, no artigo VI, n.º 2, da Constituição, de 17/9/1787, refere-se aos tratados: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”. A forma de Estado Federal impõe uma especial hierarquia nas normas jurídicas e, nessa perspectiva, podemos dizer que este artigo estabelece que os tratados elaborados sob a autoridade dos Estados Unidos são “*supreme law of the land*”. Assim, esta *supremacy clause* implica que os tratados detenham a mesma força legal dos estatutos federais sendo superiores às leis dos Estados federados, o que para a época constituiu uma forma de reforçar o poder central. O poder do Congresso em matéria de tratados internacionais impõe o consentimento do Senado no seu processo de ratificação, através de uma deliberação tomada por maioria de 2/3. A prática demonstra que as disposições de um tratado apenas serão aplicáveis por um tribunal se contiverem normas *self-executing*, pois fora desses casos necessitam de uma norma interna para serem aplicadas. As dificuldades de obtenção de maiorias levaram o executivo a adoptar a fórmula de *executive agreements* para escapar ao controle do Senado e poder assim celebrar acordos com outros

¹¹⁷ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 9.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. Especialmente p. 190, sem correspondência no texto da 13.ª ed., de 2001.

¹¹⁸ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 528. De acordo com este Autor, assim ocorre, por exemplo, na Turquia, Dinamarca, Noruega, Suécia, Islândia, Finlândia, Canadá e Itália.

Estados o que levanta alguns problemas de aplicação quando confrontados com leis internas posteriores, dado que os tribunais americanos não os equiparam aos tratados verdadeiros e próprios¹¹⁹.

A Constituição não se refere expressamente às normas gerais do Direito Internacional mas a jurisprudência e a doutrina são unâimes em abranger também, nessa cláusula geral de recepção plena, o Direito Internacional geral¹²⁰. A jurisprudência do Tribunal Supremo fez-se particularmente clara na decisão adoptada, em 1900, no caso do *Paquebote Habana* quando indicou: “O Direito Internacional é parte do nosso Direito e deve ser declarado e aplicado pelos tribunais de justiça da jurisdição competente (...). Para tal fim quando não haja nenhum tratado e nenhum acto executivo ou legislativo decisório ou uma decisão judicial, deve recorrer-se aos costumes e usos, das nações civilizadas.”¹²¹.

Assim, o princípio “*International Law is part of the law of the land*” foi também recebido no Direito norte-americano segundo reiterada jurisprudência. O fundamento mais convincente do princípio está na prática jurisprudencial, pois “uma vez que se demonstrou que o *Common Law*, em particular o norte-americano, é Direito judicial, há que aceitar também que quanto ao referido princípio, aplicado pelos juízes como um artigo de fé e ininterruptamente reiterado numa secular jurisprudência, a sua força obrigatória deriva exclusivamente dos precedentes normativos do *Common Law*. Noutros termos, trata-se de uma *Rule of Law*, de formação judicial e não espontânea e que como tal vincula o juiz em virtude do Direito criado pelas decisões jurisprudenciais”¹²².

No Direito espanhol, a recepção plena e automática tem sido reconhecida mesmo na ausência de qualquer norma constitucional que acolha, de modo expreso, essa solução. A Constituição de 29 de Dezembro de 1978, no artigo 10, n.º 2, consagra que a interpretação das normas sobre Direitos fundamentais deve ser feita de acordo não só com a Declaração Universal dos Direitos do Homem como também à luz dos instrumentos (tratados e acordos) internacionais sobre estas matérias ratificados pela Espanha. Atribui às Cortes, no seu artigo

¹¹⁹ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito ..., cit., p. 159-160.

¹²⁰ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 102-103 e também RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 295. Também MALANCZUK, Peter - **Akehurst's Modern Introduction** ..., cit., p. 66-67. E ainda MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 144-145.

¹²¹ MARINO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 493.

¹²² CASSONI, G. - **L'adeguamento del Diritto Interno al Diritto Internazionale nell'ordinamento americano**. Milano, 1961, p. 17-21, citado por: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 9.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 189, sem correspondência no texto da 13.ª edição, de 2001.

94.º, n.º 1, competência para autorizar a celebração de tratados. O artigo 96.º, n.º 1, prevê de forma inequívoca uma solução de recepção plena e automática do Direito Internacional convencional. No que respeita ao Direito Internacional geral, a jurisprudência e a doutrina entendem que as suas normas são, implicitamente, parte integrante do ordenamento espanhol, embora não haja uma referência directa à aceitação do Direito Internacional geral, nem quanto à posição supralegal dos tratados, apesar de tal constar do projecto inicial¹²³.

No grupo dos Estados que guardam silêncio a respeito do Direito Internacional geral inclui-se a Constituição espanhola, contudo este silêncio não existiu sempre na sua história constitucional.

Os diferentes textos constitucionais da história de Espanha caracterizam-se, até à Constituição Republicana de 1931, pelas suas escassas referências às relações do Direito espanhol com o Direito Internacional¹²⁴. A Constituição da República de 1931 introduziu importantes e ambiciosas novidades. Assim, o artigo 7.º da Constituição de 1931 dispunha que “o Estado espanhol acatará as normas universais do Direito Internacional incorporando-as no seu Direito positivo”. Esta norma significava, entre outras coisas, a prevalência das normas constitucionais sobre as normas gerais do Direito Internacional e a superioridade dos tratados sobre a legislação interna¹²⁵. Perante o silêncio legal posterior, Miaja de la Muela manteve que a incorporação das normas de Direito Internacional geral estabelecida no dito artigo “não caducou com o fim da vigência daquela Constituição nem é de crer que Espanha se tenha desvinculado unilateralmente da obrigação que um dia assumiu”. Após os períodos de guerra

¹²³ DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 2001, p. 196-197. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 144-146; PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno em Direito Comparado. *In Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 53/54: (1993), p. 139-190, especialmente p. 153. Neste sentido ver também PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 147.

¹²⁴ Assim, a Constituição de Cádiz de 1812 limitava-se à matéria de tratados e estabelecia por um lado que era faculdade das Cortes e por outro lado que “o Rei não podia fazer alianças ofensivas nem tratado especial de comércio (...)”. Nenhum artigo especialmente significativo foi introduzido com o Estatuto Real de 1834, e a Constituição de 1837 apenas fixava as competências do Rei no artigo 48.º, que foi reproduzido pelo artigo 46.º da Constituição de 1845. A Constituição de 1869 reproduzia, no seu artigo 74.º, os § 1 e 2 e completava o § 4.º do artigo anterior. O artigo 55.º, da Constituição de 1876, reproduziu o citado artigo 74.º da Constituição de 1869. Ver em MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2.ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1995, p. 557-558.

¹²⁵ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 297-279; Ver também: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 558. Também neste sentido ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995, p. 628 e 646, e ainda PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito ..., cit., p. 153.

civil (1936-1939) e da subsequente ditadura (1939-1975), a restauração da Monarquia constitucional e parlamentar levou à aprovação da nova Constituição, a de 1978. Não existem disposições gerais que se refiram à introdução, valor hierárquico ou aplicação das normas gerais de Direito Internacional. Apesar do silêncio constitucional ele não é absoluto, pois o artigo 96.º da Constituição contém uma referência às “normas gerais de Direito Internacional” em matéria de derrogação, modificação ou suspensão de tratados: “fazem parte do ordenamento interno (...) as suas disposições só podem ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais de Direito Internacional”. Isto mostra uma certa permeabilidade formal do ordenamento espanhol a respeito das normas gerais. Segundo Díez de Velasco, a Constituição espanhola não diz de forma expressa qual é a posição do Direito espanhol em relação ao Direito Internacional geral, contudo há um reconhecimento genérico do ordenamento internacional ao enunciar o princípio orientador da actividade exterior do Estado no Preâmbulo da Constituição, que proclama a vontade de Espanha de colaborar no fortalecimento de “umas relações pacíficas e de eficaz cooperação entre todos os povos da terra” e como assinalou González Campos¹²⁶ “estas relações são regidas, na ausência de tratados, pelo Direito Internacional geral”. Cabe também dizer que há uma recepção automática “das normas gerais do Direito Internacional” em relação ao processo de conclusão dos tratados (artigo 96.º da Constituição). Esta recepção automática produz-se desde o momento de cristalização do costume na sociedade internacional (salvo oposição manifesta de Espanha no momento da sua formação), já que implicitamente todo o Estado, pelo simples facto de sê-lo, está obrigado a respeitar as normas de Direito Internacional geral. Por isso, salvo norma constitucional em contrário considera-se que todo o ordenamento possui uma norma tácita de recepção automática que se funda na própria ordem jurídica internacional¹²⁷. Não se trata de uma lacuna legal, mas aceite a necessidade de coordenação de ambos os sistemas, deve confirmar-se a necessária incorporação deste tipo de normas para conseguir a coerência dos dois ordenamentos. Neste sentido deve notar-se que os tribunais não têm duvidado na aplicação de costumes internacionais quando é necessário para a solução do caso controvertido, ainda que nas suas argumentações não se encontrem discussões sobre o fundamento da dita aplicação. Por outro

¹²⁶ GONZÁLEZ CAMPOS - **Curso de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid, 1990, p. 226.

¹²⁷ Díez de Velasco, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 196 e ss.. E também neste sentido ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 628 e 647; EGIDO, J. P. - La Celebración de Tratados Internacionales en el Derecho Español y su Valor Normativo: Derecho Vigente y Aspectos Históricos. In Le Droit International: Unité et Diversité. Paris: Éditions A. Pedone, (1981), p. 415-439.

lado, não deve esquecer-se que qualquer que seja a posição formal adoptada pelas Constituições estatais não pode pretender-se um tratamento diferenciado entre as normas consuetudinárias e as normas convencionais, ambas são fonte de obrigações jurídicas internacionais e o seu incumprimento gerará a responsabilidade internacional do Estado, contemplem-nas ou não, expressamente, as Constituições, o tratamento deve ser homogéneo¹²⁸.

A admissão de um princípio (constitucionalmente implícito) de adaptação contínua e automática do ordenamento espanhol às normas gerais do Direito das gentes “que se tenham formado de forma vinculante” para o Estado espanhol não só deriva do facto de este ser membro da sociedade internacional como está conforme com o princípio de coerência que deve presidir à acção do Estado no interior e no exterior, e conforma-se também com uma larga tradição doutrinal e jurisprudencial espanhola, nunca abertamente “dualista” e sempre universalista¹²⁹.

Assim, a Constituição espanhola para além da norma que autoriza a transferência de soberania para organizações internacionais, faz menção expressa, ainda que minimalista, do Direito Internacional geral, bem como desenvolve com bastante pormenor a aplicação dos tratados na ordem interna. Por outro lado, a prática jurisprudencial revela que os juízes espanhóis aplicam tradicionalmente as normas dos tratados, em casos de eventual incompatibilidade com normas internas^{130 131}.

Rodríguez Carrión entende que o ordenamento jurídico espanhol segue um sistema de recepção especial para a incorporação de normas convencionais, que se encontra regulado no artigo 96.º da Constituição. Este preceito, seguindo a tradição espanhola, constitucionaliza a questão, ao mesmo tempo que matiza as exigências que já fazia o artigo 1.5 do Código Civil. Aquele Autor considera a existência de um sistema de recepção especial pelo facto da

¹²⁸ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 299 e também DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 197.

¹²⁹ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 299; DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 197. Ver também: MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 559. ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 628 e 647.

¹³⁰ PIRES, Maria José Morais - **Relações entre o Direito** ..., cit., p. 157.

¹³¹ Para Pastor Ridruejo o sistema espanhol actual sobre a aplicação interna dos tratados pode ser qualificado de dualista moderado. Dualista porque exige um acto de recepção. E moderado porque tal recepção faz-se pela simples publicação, não pela ordem de execução do tratado mediante uma lei. Ver: PASTOR RIDRUEJO, José Antonio - **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**. 6.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1996, p. 204.

Constituição exigir um procedimento interno para que as normas internacionais vinculem na ordem interna, sendo neste caso a exigência da publicação¹³².

Como já se disse a recepção do Direito Internacional convencional no ordenamento espanhol está constitucionalmente regulada no artigo 96.º, n.º 1, § 1.º: “Os tratados internacionais validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente em Espanha, farão parte do ordenamento interno.” e, em termos semelhantes, ainda que com duas diferenças de interesse, no artigo 1.5 do Código Civil que diz que: “As normas jurídicas dos tratados internacionais não serão de aplicação directa em Espanha enquanto não tenham passado a fazer parte do ordenamento interno mediante a sua publicação na íntegra no Boletim Oficial do Estado”. As normas contidas nos tratados obrigam Espanha desde a sua entrada em vigor na ordem internacional na data acordada pelas partes e enquanto tais tratados sejam fonte directa e plenamente eficazes no Direito interno uma vez publicados oficialmente, sendo susceptíveis de criar por si mesmos direitos e obrigações directamente exigíveis pelos particulares e invocáveis perante os órgãos judiciais e administrativos. O artigo 96.º, da Constituição espanhola, mantém assim a solução tradicional da posição monista nas relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, ainda que se trate de um monismo “moderado” pois exige-se a publicação oficial dos tratados.

A falta de publicação de um tratado em vigor não exclui que o tratado produza outros efeitos jurídicos. A falta de publicação oficial não poderá ser invocada pela Administração do Estado “como justificação do incumprimento de um tratado” (artigo 27.º da Convenção de Viena).

Um tratado não publicado não pode de modo algum criar obrigações para os particulares, nem a Administração Pública nem os particulares podem fazer prevalecer as disposições de um tratado em vigor e não publicado para exigir o seu cumprimento a outro particular, pois a falta de publicação torna inoponível o tratado em vigor devido a uma sólida razão baseada na segurança jurídica. O particular pode reclamar perante a Administração Pública, especialmente aos órgãos administrativos relacionados com o conteúdo do tratado, aqueles direitos que o tratado crie a seu favor. A Administração do Estado não deve opor como desculpa para aplicar um tratado em vigor o seu próprio incumprimento (a falta de publicação) ou a sua ignorância. Em suma, a Administração do Estado não pode afastar-se das

¹³² Neste sentido ver também PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones** ..., cit., p. 148.

obrigações internacionais que lhe incumbem, directamente perante os particulares. Como assinalou Gónzalez Campos¹³³, a publicação encerra o processo de conclusão do tratado e “constitui um dever do Estado, derivado de uma obrigação assumida internacionalmente: a de dar cumprimento de boa-fé ao tratado”¹³⁴.

Uma certa descoordenação no processo de elaboração da Constituição pode explicar uma incongruência entre a técnica exigida no artigo 94.º e no artigo 93.º. Com efeito, se o primeiro requer a autorização das Cortes para a celebração dos tratados aí enumerados, o que resulta coerente com a prática constitucional histórica, o artigo 93.º, a respeito de certo tipo de tratados, os que supõem a atribuição a uma organização ou instituição internacional do exercício de competências derivadas da Constituição, requer a autorização mediante lei orgânica, incorporando a técnica francesa a que eram alheios. Este procedimento colocava um problema duplo de difícil solução: por um lado, a questão da hierarquia normativa em relação a posteriores leis orgânicas de conteúdo contraditório, por outro lado, uma vez que a lei adoptada pelas Cortes depende, para a sua definitiva entrada em vigor, de um acto discricionário de Governo, que poderá decidir a emissão ou não da autorização do Estado para se obrigar pelo dito tipo de tratados. Assim, algum sector da doutrina interpreta a exigência constitucional do artigo 93.º no sentido de exigir uma autorização das Cortes pela mesma maioria que a exigida para as leis orgânicas, sem que isso requeira uma incorporação formal mediante lei orgânica. No entanto, a integração de Espanha nas Comunidades Europeias assim como a ratificação do Acto Único Europeu e do tratado da União Europeia produziram-se mediante o mecanismo formal de uma lei orgânica¹³⁵. Acresce que, em qualquer dos casos, a obrigação de publicação dos tratados é válida tanto para os tratados celebrados em virtude do artigo 93.º como do artigo 94.º da Constituição, isto é, tanto para os autorizados por lei orgânica como para os autorizados apenas pelas Cortes. Esta publicação teria um triplo sentido: primeiro encerraria o processo de celebração do tratado, segundo, incorporaria as

¹³³ GONZÁLEZ CAMPOS, J., e outros - **Curso de Derecho** ..., cit., p. 120.

¹³⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 198. Também MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 560-561, e ainda ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 628-631.

¹³⁵ Lei Orgânica n.º 10/1985, de 2 de Agosto (*in* **B.O.E.**, n.º 189, de 8 de Agosto), de autorização para a adesão de Espanha às Comunidades Europeias; Lei Orgânica n.º 4/1986, de 30 de Novembro (*in* **B.O.E.**, n.º 288, de 2 de Dezembro), pela qual se autorizou a ratificação pela Espanha do Acto Único Europeu; Lei Orgânica n.º 10/1992, de 28 de Dezembro (*in* **B.O.E.**, n.º 312, de 29 de Dezembro), pela qual se autorizou a ratificação por Espanha do Tratado da União Europeia, firmado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992.

disposições do tratado no ordenamento jurídico espanhol, terceiro, permitiria o conhecimento dessas disposições tanto pelos poderes do Estado como pelos particulares, permitindo a aplicação das mesmas a todos os níveis¹³⁶.

Em síntese, podemos dizer que a evolução vai no sentido de não se pretender associar directamente as normas internas, sobretudo constitucionais, às teorias dualistas ou monistas. Relativamente ao costume, a generalidade das actuais Constituições integra uma cláusula geral de recepção plena do Direito Internacional geral na respectiva ordem interna, sendo um conceito familiar às Constituições europeias. No entanto, esta atitude vem perdendo o impacto inicial devido à crescente “codificação” do Direito Internacional, realizada no âmbito das organizações internacionais, as quais elaboraram convenções que “positivaram” boa parte das normas consuetudinárias¹³⁷.

Quanto à questão da aplicabilidade das normas convencionais no Direito interno, as normas convencionais recebidas devem ser aplicadas pelos juízes e outros órgãos internos como parte da legalidade interna e, desde o ponto de vista de um Direito público interno determinado, a sua equiparação à lei interna pode ser relevante em questões como a de exigir a responsabilidade da Administração pela sua violação¹³⁸. O efeito directo das normas contidas em tratados internacionais depende, em primeiro lugar, do facto da vontade das partes na convenção ter sido a de estabelecer normas internacionais que afectem directamente os particulares e que tais normas sejam “internacionalmente completas”. Em segundo lugar, o efeito directo de normas convencionais internacionalmente “auto-executórias” depende, também, de elementos políticos e jurídicos, próprios de cada ordem interna, seja esta ou não de “recepção automática”. Assim, outras dificuldades podem derivar do facto da interpretação dos tratados (incluindo a questão de uma norma ser ou não “auto-executória”) caber em última instância ao poder executivo, que em qualquer momento poderá impor a um tribunal a sua própria interpretação. Esta última situação dá-se, por exemplo no ordenamento francês, no

¹³⁶ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 296-297. Neste sentido ver também PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones** ..., cit., p. 149.

¹³⁷ PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito* ..., cit., p. 179.

¹³⁸ Questão diferente é aquela em que uma Constituição constitucionalize normas contidas em determinados tratados ou estabeleça que no Direito interno certos tratados prevalecerão sobre outros. Exemplos de ambos os fenómenos oferece-nos a Constituição do Peru que no artigo 105.º diz: “Os preceitos contidos nos tratados relativos a direitos humanos têm hierarquia constitucional. Não podem ser modificados a não ser pelo procedimento que rege a reforma da Constituição” e no artigo 106.º “Os tratados de integração com Estados latino-americanos prevalecem sobre os demais tratados multilaterais celebrados entre as mesmas partes”. Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 533.

qual os juízes ordinários e os juízes administrativos (praticamente sempre) submetem-se à interpretação governamental, em questões de Direito público internacional. Também nos Estados Unidos os tribunais, incluindo o Supremo Tribunal, dão grande importância (inclusive carácter vinculante) à determinação pelo governo do carácter auto-executório ou não de um tratado. Por outro lado, em certas ocasiões, a determinação do efeito directo das normas internacionais convencionais não pode desvincular-se das questões referentes à utilização ou não do procedimento de aprovação de tratados com intervenção do poder executivo. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos onde a Câmara de Representantes, parte essencial do órgão legislativo, não intervém no processo de formação interna da vontade de celebração dos tratados, é sustentável que através de um tratado auto-executório não podem originar-se obrigações que, directa ou indirectamente, afectem os direitos subjectivos individuais constitucionalmente protegidos, se o Congresso não intervier na formação¹³⁹.

Colocam-se problemas específicos de aplicação das normas convencionais na ordem interna dos Estados compostos, isto é, daqueles que se encontram organizados com base em técnicas federais. Com efeito, na dita aplicação pode incidir a distribuição de competências que a Constituição estabelece e garante, entre o ente central-federal e os entes federados. Se bem que a competência dos entes federados para celebrar tratados internacionais é muito limitada no Direito Constitucional comparado, o que por vezes ocorre é que através das normas de Direito interno se reserva aos mesmos a competência para a execução interna das normas internacionais que vinculem o Estado e digam respeito a matérias cuja regulamentação seja de sua competência exclusiva à luz do Direito interno. Em todo o caso essa situação não é em princípio oponível internacionalmente a terceiros, pelo que o Estado de natureza composta deverá actuar para que a boa-fé dos ditos terceiros, sujeitos de Direito

¹³⁹ Outra questão é se a prática constitucional dos Estados Unidos, que permite ao Presidente celebrar tratados em forma simplificada sobre qualquer matéria, lhe permite, por meio deles, adoptar normas auto-executivas. Segundo certa teoria, o Presidente possuiria certas competências exclusivas próprias e poderia assim afectar por via de acordo em forma simplificada, inclusivamente, a situação jurídica dos particulares. Na prática aquele poder exclusivo parece limitar-se a acordos de natureza militar ou destinados a resolver controvérsias internacionais. Nos restantes casos existe sempre algum tipo de intervenção do Congresso, que dá o seu consentimento prévio ou intervém na execução interna, ou pode ditar leis internas contrárias ao conteúdo do *Executive agreement*. Para além disso, de acordo com a *Case-Zablocki Act* de 1972, o Secretário de Estado deve transmitir ao Congresso, no prazo de 60 dias desde a entrada em vigor, o texto de todo o acordo internacional que não seja um tratado, e no caso de exigência de segredo, por necessidade de protecção da segurança nacional, às Comissões de Exteriores de ambos os órgãos do legislativo. Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 533-535.

Internacional, não seja lesionada devido ao incumprimento de obrigações convencionais por dificuldades derivadas de conflitos entre o Estado central e os entes que o compoñham¹⁴⁰.

Diz Ian Brownlie que vários países¹⁴¹ aderem ao princípio segundo o qual os tratados celebrados de acordo com a Constituição vinculam os tribunais sem necessidade de qualquer acto específico de incorporação. Em tais Estados o princípio é muitas vezes aplicado com restrições significativas. Assim, nos Estados Unidos uma lei federal posterior revoga um tratado. Além disso, um tratado exequível por si mesmo não pode ser aplicado internamente até ter sido publicado, introduzindo a fiscalização da devida publicação os elementos de uma constitucionalidade formal¹⁴².

De acordo com Díez de Velasco, em todos estes casos não se pode falar, de uma maneira geral, de uma adaptação automática dos ordenamentos jurídicos internos ao Direito Internacional geral. São, em definitivo, normas programáticas às quais terá de ajustar-se a conduta dos Estados, mas a dita conduta deverá ser observada ainda que não a tenham recolhido na sua Constituição, dadas as obrigações que o Direito Internacional geral impõe na matéria a cada um dos Estados¹⁴³.

Assim, a observação prática demonstra que, de formas diversas, todos os Estados asseguram a vigência interna do Direito Internacional, sendo de notar que nos casos em que a lei é omissa a jurisprudência tem construído a existência implícita da recepção automática plena, o que só pode explicar-se pela prévia adopção do ponto de vista monista. Fala-se assim no carácter generalizado do sistema de recepção plena. No entanto, acrescenta-se que não devem ser assimiladas a cláusulas gerais de recepção plena as disposições de certas

¹⁴⁰ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional...**, cit., especialmente p. 537.

¹⁴¹ República Federal da Alemanha, provavelmente, Argentina, Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Holanda, Luxemburgo, México, Suíça e URSS. Ver: BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito** ..., cit., p. de-página n.º 114 da p. 62.

¹⁴² Pode falar-se da categoria dos tratados “exequíveis por si mesmos”. A expressão pode ser utilizada para enunciar um princípio específico da ordem jurídica interna, segundo o qual certas regras de Direito Internacional não necessitam de incorporação para produzirem efeitos jurídicos na esfera interna. Contudo, a expressão é também utilizada para descrever o carácter das próprias regras. Desta forma, um tribunal nacional pode sustentar que, como questão de interpretação, uma obrigação resultante de um tratado não é aplicável internamente sem que exista legislação interna específica. Nas decisões dos tribunais americanos, esta expressão aparece utilizada em ambos os sentidos. A segunda acepção surge no caso *Fujii v. Estado da Califórnia*. Neste caso, o Supremo Tribunal da Califórnia sustentou que os artigos 55.º e 56.º da Carta das Nações Unidas, relativos aos direitos humanos, não eram exequíveis por si mesmos e não podiam ser aplicados em relação aos indivíduos sem a necessária legislação. De acordo com: BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito** ..., cit., p. 62 e 63.

¹⁴³ Ver: DíEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 195.

Constituições através das quais o Estado anuncia a sua intenção de pautar a sua conduta pelo Direito Internacional e que são frequentes nas Constituições de tipo programático¹⁴⁴.

3. Do ponto de vista da actual Constituição Portuguesa

Trata-se, agora, de examinar se e de que forma é aplicável o Direito Internacional na ordem interna portuguesa. No Direito português, o Direito Internacional só vigorará mediante transformação em norma jurídica interna? Ou haverá cláusulas gerais de recepção semi-plena para certas matérias, valendo fora delas o sistema da transformação? Ou, estaremos perante a recepção automática plena?

A primeira hipótese será de excluir, dada a existência no Direito Português de várias remissões para as “normas aplicáveis do Direito Internacional”. Aliás, faltava o pressuposto do sistema da transformação, dado que entre nós a ratificação de tratados depende da aprovação por parte dos órgãos constitucionalmente competentes para legislar¹⁴⁵. Ainda que fique em aberto o problema dos acordos em forma simplificada pode dizer-se que a alternativa que se nos depara é a seguinte: existirá no Direito português uma cláusula geral de recepção plena ou existirão unicamente certas cláusulas gerais de recepção semi-plena¹⁴⁶?

3.1. A solução antes da actual Constituição Portuguesa

Antes de 1933, e durante muito tempo, sustentou-se na doutrina portuguesa que o Direito Internacional era genérica e imediatamente aplicável na ordem jurídica interna. Havia

¹⁴⁴ De acordo com: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.^a ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 104-105.

¹⁴⁵ A expressão convenção abrange os tratados e os acordos internacionais. Entre nós os tratados, para vincularem o Estado português devem ser ratificados pelo Presidente da República, após aprovação pela Assembleia da República (artigos 135.º, alínea b), e 161.º, alínea i), da Constituição da República Portuguesa), enquanto que os acordos em forma simplificada para vincularem o Estado Português necessitam da aprovação do Governo, ou da Assembleia da República, quando se trate de matéria da sua competência exclusiva (artigos 197.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, e artigo 161.º, alínea i), da Constituição de República Portuguesa).

¹⁴⁶ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 106 e 107. Sobre esta questão em geral pode ver-se: TELES, Miguel Galvão - **Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa: Condições, Termos e Limites**. Lisboa: Ciência e Técnica Fiscal, 1967.

um consenso quanto à existência de uma cláusula de recepção plena com base no artigo 26.º do Código Civil, de 1867, e no artigo 6.º do Código Comercial, sendo o seu principal defensor Machado Vilela¹⁴⁷. Após 1933, e sobretudo a partir de 1957, com a obra de Silva Cunha, a doutrina dividiu-se: uns continuaram a defender a cláusula de recepção plena com apoio nos artigos 3.º e 4.º da Constituição de 1933¹⁴⁸, foi o caso de Isabel Magalhães Colaço, Ferrer Correia e Afonso Queiró¹⁴⁹; Silva Cunha, acolhendo uma visão dualista do artigo 4.º da Constituição, entendia que somente se consagravam cláusulas de recepção semi-plena, apresentando um certo número de argumentos que faziam hesitar na aceitação da primeira doutrina. Assim, dizia aquele Autor que o artigo 3.º ao formular a ressalva das regras aplicáveis de Direito Internacional referia-se à dependência dos nacionais relativamente ao Estado e às leis portuguesas. Se interpretasse literalmente o preceito, e se lhe atribuisse o significado de cláusula geral de recepção plena do Direito Internacional, ter-se-ia de concluir que o Direito Internacional poderia dispensar os cidadãos portugueses da sua dependência relativamente ao Estado português. Por outro lado, o texto constitucional, em mais do que um preceito, ressaltava, a propósito de certas matérias em particular, o Direito Internacional. Como, por exemplo, os artigos 49.º, §1.º, 139.º e 141.º. Assim, aquele Autor parecia evidente que se o legislador constitucional pretendesse consagrar no artigo 3.º uma cláusula geral de recepção plena esta ressalva do Direito Internacional, nos referidos preceitos, seria perfeitamente inútil¹⁵⁰.

Em 1957, Silva Cunha escrevia: “O artigo 26.º do Código Civil e o artigo 6.º do Código Comercial não poderão considerar-se como expressão de uma orientação geral da ordem jurídica portuguesa, mas sim como excepção ao princípio geral da separação entre aquela e o Direito Internacional, tal como se encontra formulado no artigo 4.º da Constituição. O artigo 3.º do texto da Constituição deverá igualmente ser interpretado articulando-o com o artigo 4.º e, por isso, a ressalva das normas internacionais feita no final do corpo do artigo e

¹⁴⁷ Ver: **Tratado Elementar de Direito Internacional Privado**. Livro I. Coimbra, 1927, p. 51 e ss..

¹⁴⁸ A solução anterior foi defendida, posteriormente, pela Revista de Legislação e Jurisprudência, com base nos mesmos artigos e no dito artigo 3.º da Constituição de 1933. Ver: Revista de Legislação e Jurisprudência, N.º 67: (1934-35), p. 212.

¹⁴⁹ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra: Coimbra Editora, (1995), p. 275-301, especialmente p. 275. Também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 146-147.

¹⁵⁰ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 102 e ss.. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 146-147.

no § único, não tem o valor de cláusula geral de recepção plena do Direito Internacional, mas sim de mera ressalva das normas internacionais aplicáveis na ordem interna, por terem sido recebidas mediante cláusulas gerais de recepção semi-plena, como as dos mencionados preceitos do Código Civil e do Código Comercial, ou por meio de actos especiais de recepção”¹⁵¹. Estabelecida no texto constitucional a separação entre as duas ordens jurídicas, seria necessária uma norma constitucional que legitimasse as cláusulas de incorporação existentes na legislação ordinária, como as constantes do artigo 26.º do Código Civil e do artigo 6.º do Código Comercial, diz ainda o mesmo Autor. Esta era a função do artigo 3.º. Assim, as regras aplicáveis de Direito Internacional seriam as que tivessem sido incorporadas, expressamente, na ordem jurídica portuguesa. No entanto, havia quem se pronunciasse, como André Gonçalves Pereira, no sentido de que o Direito Português não consagrava qualquer sistema geral sobre a relevância do Direito Internacional, mas por adopção de um monismo de Direito Internacional, se decidisse no sentido da sua aplicabilidade genérica na ordem interna¹⁵².

Quando da revisão, em 1971, do texto constitucional, o legislador manteve o seu artigo 3.º com a mesma redacção, mas alterou, profundamente, a redacção do corpo do artigo 4.º e aditou-lhe um parágrafo único que expressamente incorporava as normas internacionais no Direito português¹⁵³, mas as divergências mantiveram-se: dizia Silva Cunha que a nova redacção do preceito, embora tivesse melhorado, todavia, não resolvia todas as questões suscitadas pela vigência do Direito Internacional na ordem jurídica portuguesa, uma vez que não fazia qualquer referência ao Direito Internacional comum ou geral (costumes universais e princípios gerais de Direito), nem aos costumes particulares e bilaterais, o que parecia permitir a conclusão de que uns e outros não vigoravam na ordem interna portuguesa¹⁵⁴, outros Autores, como André Gonçalves Pereira, Ferrer Correia e Jorge Miranda, defendiam um entendimento favorável à recepção plena do Direito Internacional comum e convencional, por sua vez Marcelo Caetano e Afonso Queiró defendiam a transformação implícita, embora

¹⁵¹ Ver a 1.ª edição da obra do Autor - **Direito Internacional Público**. Lisboa, 1957, p. 27.

¹⁵² Ver: MIRANDA, Jorge - *As Relações entre a Ordem Internacional ...*, cit., especialmente p. 275. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 146-147.

¹⁵³ Ver: Relatório da Proposta de Lei de Revisão, in Diário das Sessões da Assembleia Nacional, 1970, 2.º Suplemento ao n.º 50, p. 1048 (14).

¹⁵⁴ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 108 e ss..

este último admitisse a recepção automática das normas constantes de acordos em forma simplificada¹⁵⁵.

3.2. A solução face à actual Constituição Portuguesa

Com a entrada em vigor da Constituição de 1976, a questão que temos vindo a tratar passou a colocar-se de forma diferente. A partir daí tudo parte do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, que foi o texto aprovado, acerca quer do Direito Internacional geral ou comum (pela primeira vez entre nós), quer quanto às normas constantes de convenções internacionais, e que na sua primeira versão estipulava: “N.º 1 - As normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. N.º 2 - As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”. A partir da revisão constitucional de 1982 passou a conter também um n.º 3 dedicado às normas dimanadas de órgãos de organizações internacionais. E, por sua vez, o artigo 7.º, n.º 1, que estabelece um princípio fundamental, proclama: “Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e progresso da humanidade”. Princípio este reforçado no artigo 288.º, alínea a), que fixa os limites materiais ao poder de revisão constitucional.

Para Silva Cunha, este preceito, na aparência, tem o carácter de cláusula geral de recepção plena do Direito Internacional pelo Direito interno português. No entanto, existem, para aquele Autor, dúvidas porque, desde logo, o n.º 1 do artigo 8.º refere-se às normas e aos princípios de Direito Internacional geral ou comum que abrangem os costumes internacionais gerais e certos princípios gerais de Direito, e quanto aos costumes regionais, particulares e bilaterais? Diz que a interpretação do artigo conduz à conclusão de que estes não estão abrangidos pela cláusula de recepção, embora seja ilógico consagrar no n.º 2, do mesmo artigo, a recepção plena, sem excepção, de normas convencionais e excluir aqueles costumes.

¹⁵⁵ Ver: MIRANDA, Jorge - *As Relações entre a Ordem Internacional ...*, cit., p. 276. E também MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito ...*, cit., p. 147-148.

A verdade é que sendo Portugal uma república soberana (artigo 1.º da C.R.P.), em que o Estado se subordina à Constituição (artigo 3.º, n.º 2, da C.R.P.) e se rege nas relações internacionais pelo princípio da independência nacional (artigo 7.º da C.R.P.), sendo esta a projecção da soberania na ordem externa, restringi-la, sem base constitucional expressa, será o mesmo que limitar a soberania do Estado português. Um dos principais atributos da soberania é o poder do Estado de criar o Direito que se destina a vigorar no seu território, admitir um direito estranho só é possível quando a Constituição expressamente o permita. Assim se compreende que o Código Civil (artigos 1.º a 4.º), ao fixar as fontes de direito, e o artigo 112.º, da Constituição, ao definir a hierarquia dos actos normativos, não se refiram ao Direito Internacional, é que as suas normas são um elemento estranho ao sistema jurídico nacional e, por isso, o seu elenco é constituído apenas pelas normas que o legislador constitucional expressamente menciona, logo a resposta à questão da admissão da vigência, em Portugal, dos costumes bilaterais e particulares só poderá ser negativa, de acordo com aquele Professor, e como tal o artigo 8.º, n.º 1, consagra uma cláusula de recepção semi-plena¹⁵⁶.

Quanto a esta questão, Albino Soares diz que não tem lógica aceitar a recepção plena do Direito convencional e afastar apenas da cláusula de recepção o costume regional e local até porque este funciona, nas relações entre os Estados que o criaram, como Direito Internacional geral. Para aquele Autor, os costumes bilaterais e regionais só vinculam após a aceitação mediante um instrumento internacional e, por isso, estão abrangidos pelo artigo 8.º, n.º 2.

Para Silva Cunha, a noção de Direito Internacional geral de Albino Soares afasta-se da que todos os internacionalistas apresentam, esquecendo-se que o Direito Internacional só é geral quando, como diz Verdross, obriga todos os Estados. Quanto à opinião de Moura Ramos e Nuno de Sousa, diz também o Professor que a recepção de Direito Internacional pelo Direito português não pode presumir-se e o n.º 1 do artigo 8.º não afirma a supremacia do Direito Internacional comum ou geral sobre o Direito Português, diz apenas que o primeiro faz parte integrante do segundo¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 110-113.

¹⁵⁷ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 110-114; RAMOS, Rui Manuel Moura - A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - sua posição face ao ordenamento jurídico português. In RAMOS, Rui Manuel Moura - "Da Comunidade Internacional e do seu Direito - Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais". Coimbra: Coimbra Editora, 1996,

Perante as normas constitucionais e o próprio contexto global da Constituição portuguesa, alguns nomes consagrados da nossa doutrina defendem a existência de uma cláusula geral de recepção plena, embora nem todos retirem desta as mesmas consequências. Assim, passaremos a analisar a posição de alguns desses autores.

Jorge Miranda defende, no tocante ao Direito Internacional geral ou comum, que existem vários argumentos que corroboram ou apoiam a tese da recepção automática¹⁵⁸, tais como: primeiro, a letra do artigo 8.º, n.º 1, (também os trabalhos preparatórios na Assembleia Constituinte: o teor das intervenções produzidas durante a discussão do artigo 8.º, n.º 1, nessa altura Jorge Miranda afirmou, sem oposição, que a Constituição ia consagrar o monismo com primado de Direito Internacional)¹⁵⁹, similar à do artigo 25.º, da Constituição Federal alemã e à 1.ª parte do artigo 28.º, n.º 1, da Constituição grega; segundo, a referência a princípios de Direito Internacional nos artigos 7.º, n.º 1, 16.º, n.º 2, e 29.º, n.º 2, e ainda o artigo 721.º do Código de Processo Civil. O problema, segundo aquele Autor, também consiste em averiguar se deve reconhecer-se a eficácia interna de todo e qualquer costume internacional, ou se apenas daqueles em cuja formação Portugal tenha intervindo ou a que tenha dado aceitação tácita. De acordo com uma fundamentação não voluntarista do Direito Internacional, seria de preferir o alcance mais consentâneo com a universalidade do Direito Internacional; mais duvidosa é a questão do costume local, sendo evidente, para aquele Autor, que este não cabe no âmbito do artigo 8.º, n.º 1, embora este lhe possa ser estendido por analogia¹⁶⁰. Diz também Jorge Miranda que o n.º 2 do artigo 8.º não faz depender a vigência na ordem interna das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas a não ser da sua publicação oficial (o que se compreende, pois nenhum cidadão pode ser

p. 5-108; SOUSA, Nuno de - **Curso de Direito Internacional Público**. Coimbra: Serviços Sociais da Universidade de Coimbra, 1983, p. 90 e SOARES, Albino de Azevedo - **Lições de Direito Internacional Público**. 4.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 82.

¹⁵⁸ Neste sentido: Afonso Queiró, André Gonçalves Pereira, Marcelo Rebelo de Sousa, Mota de Campos, Moura Ramos, Sérvulo Correia, Adriano Moreira, Azevedo Soares, Rui Medeiros, Gomes Canotilho e Vital Moreira, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, Maria Luísa Duarte, diversamente Jorge Campinos para quem só haveria validade imediata na ordem interna do Direito Internacional geral ou comum, ao passo que, quanto ao Direito convencional, o sistema seria de transformação implícita, e Silva Cunha que invoca contra a recepção geral plena o princípio da independência nacional e o artigo 1.º do Código Civil. Ver: André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 110. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 148.

¹⁵⁹ Ver: Diário n.ºs 29 e 30, de 9 e 13 de Agosto de 1975, p. 753 e ss. e 772-3. Ver em: MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 149.

¹⁶⁰ Neste sentido André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros - **Manual de Direito** ..., cit., p. 110. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 150.

destinatário de uma norma jurídica sem que disponha de um meio objectivo de a conhecer), mas a sua publicação - que não é acto específico e livre do órgão de vinculação internacional do Estado, o Presidente da República - ao contrário da ratificação - funciona apenas como *conditio iuris*. Se não bastasse a interpretação histórica, literal e lógica do artigo 8.º, outros argumentos de natureza sistemática poderiam também demonstrar que nele se encontra uma regra de recepção plena do Direito Internacional convencional¹⁶¹. Assim: em primeiro lugar, os artigos 4.º, 15.º, n.º 3, 16.º, n.º 1, e 273.º n.º 2, colocam os actos normativos de Direito Internacional a par da lei, como fontes de regras de Direito interno, e não se trata, para Jorge Miranda, nem de redundâncias nem de cláusulas de recepção semi-plena, mas sim de afloramentos naturais do princípio da recepção plena; em segundo lugar, são os mesmos órgãos - Parlamento e Governo - que têm competência para a aprovação de tratados e acordos internacionais e competência legislativa, pelo que não se justificaria por nenhuma razão de equilíbrio do sistema político a exigência de dois actos sucessivos de qualquer desses órgãos sobre a mesma matéria; em terceiro lugar, a competência de aprovação dos tratados e acordos é distinta e não totalmente coincidente com a competência legislativa e manifesta-se em actos típicos diferenciados - quanto à Assembleia da República a aprovação assume a forma de resolução, de acordo com os artigos 166.º, n.º 5, e 161.º, alínea i), da C.R.P., e quanto ao Governo a aprovação assume a forma de decreto simples e não de decreto-lei, por imposição do artigo 197.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2; em quarto lugar, também no que diz respeito à fiscalização da constitucionalidade distingue-se entre actos legislativos e tratados¹⁶². Diz ainda aquele Autor que o n.º 2 do artigo 8.º deve ser conjugado com o artigo 277.º, n.º 2, isto é, a não vigência de qualquer tratado na ordem interna por preterição dos requisitos constitucionais não impede a vinculação a esse tratado na ordem internacional¹⁶³.

¹⁶¹ O artigo 8.º, n.º 2, adopta em vez de uma cláusula de reciprocidade a regra da vigência das normas convencionais na ordem interna “enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”, o texto vindo da Comissão estipulava que as normas convencionais vigoravam na ordem interna salvo se não fossem ou deixassem de ser aplicadas pela outra parte ou outras partes contratantes. Foi eliminado sob proposta do deputado Freitas do Amaral entendendo-se que não competia ao Estado definir o regime do cumprimento e do não cumprimento das obrigações internacionais, problema diferente do da relevância do Direito Internacional na ordem interna. Ver: MIRANDA, Jorge - *As Relações entre a Ordem Internacional ...*, cit., p. 279-280. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., especialmente p. 150-151.

¹⁶² Ver: MIRANDA, Jorge - *As Relações entre a Ordem Internacional ...*, cit., p. 279-280. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 150-151. E ainda PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV Revisão Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 58 e 59.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 151.

Para Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, como já referimos, o artigo 8.º da Constituição portuguesa recebe “as normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum” através de uma cláusula geral de recepção plena, podendo colocar-se a questão de saber o que é que se encontra abrangido por esta expressão. Pensam aqueles Autores que cabe aí tudo o que se engloba no conceito actual de “Direito Constitucional Internacional”, como acervo de normas e princípios básicos do Direito Internacional, de aceitação generalizada pela sociedade internacional. Assim caberá, hoje, naquela expressão o costume internacional de âmbito geral, os princípios gerais de Direito, os princípios gerais do Direito Internacional e os tratados internacionais universais ou para-universais, aceites pela sociedade internacional como Direito Internacional geral, como é o caso da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶⁴ e dos Pactos Internacionais sobre Direitos do Homem, aprovados pelas Nações Unidas, em 1966¹⁶⁵. Quanto à discussão sobre o facto do artigo 8.º, n.º 1, englobar também os costumes bilaterais e particulares e, em geral, os costumes regionais ou locais, dizem aqueles Autores que a interpretação formal daquele preceito poderia conduzir-nos à conclusão negativa, na medida em que aí se exige que o Direito Internacional abrangido seja “geral ou comum”. Todavia, eles são da opinião de que o artigo 8.º, n.º 1, ao afirmar a prevalência do Direito consuetudinário sobre o Direito interno, não quis excluir, pelo menos no seu espírito, o Direito consuetudinário particular. Na ausência de uma norma interna expressa sobre a vigência do Direito Internacional tem de se entender que o legislador nacional quis dar-lhe recepção automática plena na ordem interna¹⁶⁶.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, a fórmula do artigo 8.º, n.º 1, é oriunda do projecto da Constituição de *Weimar* e geralmente interpretada no sentido de que o Direito

¹⁶⁴ Silva Cunha entende que a Declaração Universal dos Direitos do Homem que foi aprovada por Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1948, não tem força de norma jurídica internacional, com carácter vinculativo, não estando como tal abrangida por nenhum dos números do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa e que o n.º 2 do artigo 16.º da mesma Constituição dá àquela Declaração força obrigatória como norma orientadora da interpretação e integração dos preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais. Ver em: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 120.

¹⁶⁵ A maior parte da doutrina considera que todas aquelas normas e todos aqueles princípios fazem parte do *ius cogens* internacional, que constitui Direito imperativo para os Estados, pelo que nem se compreenderia que eles não fossem recebidos na ordem interna portuguesa através de uma cláusula geral de recepção plena nem se aceitaria que eles não vigorassem nela como “parte integrante do Direito português”. Ver em: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 109.

¹⁶⁶ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 108 a 110, também RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - O Direito Internacional, o Direito Comunitário e a nossa Constituição - Que Rumo? In “Estudos em Comemoração dos 5 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”. Coimbra: 2001, p. 939-963, especialmente p. 944.

Internacional faz parte do Direito interno (cfr. A velha fórmula de Blackstone - *International law is part of the law of the land*). Dizem, também, que pode afirmar-se que a Constituição consagrou a doutrina da recepção automática das normas do Direito Internacional geral ou comum. As normas de Direito Internacional comum entram em vigor no Direito interno ao mesmo tempo que adquirem vigência na ordem internacional¹⁶⁷. Consideram que o artigo 8.º, n.º 2, confere vigência ao Direito Internacional convencional que não ficou abrangido pelo n.º 1 deste artigo. Também aqui, a Constituição serve-se de uma cláusula geral de recepção plena, ainda que, neste caso, sujeita à *conditio iuris* da publicação oficial das convenções (no mesmo sentido Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Sousa). Aquele artigo estabelece, tal como o seu n.º 1, um regime de recepção automática, mas condicionada, das normas de Direito Internacional convencional, ou seja, dos tratados e acordos internacionais que abranjam Portugal. Preenchidas as duas condições aí referidas, estas normas vinculam o Estado português e vigoram como tal, isto é, como normas de Direito Internacional, na ordem interna, nos mesmos termos e com a mesma relevância das normas criadas internamente, e sem necessidade de serem “traduzidas” ou “transcritas” em lei ou transformadas em Direito interno. Constituem, portanto, fontes autónomas de Direito interno (cfr. artigos 4.º, 15.º, n.º 3, e 16.º, n.º 1, da C.R.P.). O problema da recepção do Direito Internacional na ordem interna, bem como o da relação com o Direito interno, só tem relevância autónoma no caso das convenções internacionais capazes de produzir efeitos na ordem jurídica interna¹⁶⁸.

Diz ainda Gomes Canotilho que se considerarmos a ratificação e a aprovação como actos internos próprios do processo de criação do Direito Internacional, transformadores da norma de Direito Internacional em norma de Direito interno, poderão suscitar-se dúvidas quanto à cláusula de recepção, no entanto, como os requisitos constitucionais de ratificação e ou aprovação são requisitos de validade do tratado pode dizer-se que a ideia do legislador constituinte foi a de aceitar a vigência das normas internacionais como tais e não como normas internas¹⁶⁹.

Rodríguez Carrión chama a esta cláusula uma recepção especial, dizendo que a publicação equivaleria ao acto de promulgação e se converteria assim em requisito

¹⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 5.ª ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 813 e ss.. Também RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - *O Direito Internacional*, ..., cit., p. 942-943.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

¹⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 815 e ss..

imprescindível para a aplicação interna das normas convencionais¹⁷⁰. Na estipulação do n.º 2 do artigo 8.º da Constituição portuguesa cabem tanto os tratados solenes como os acordos em forma simplificada. Isto quer dizer que, na prática, a eficácia das convenções está dependente da verificação de duas condições: a sua publicação no jornal oficial (o que também decorre do artigo 122.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da C.R.P.) e a regularidade do processo da sua conclusão, isto é, do processo de vinculação pelo nosso País¹⁷¹. As convenções internacionais só vigorarão na ordem interna a partir do momento em que obrigarem Portugal. Assim, com certeza que nunca vigorarão na ordem interna antes da sua própria entrada em vigor na ordem internacional, mesmo que Portugal a aprove ou ratifique antes dessa data. Com aquela expressão do artigo 8.º, n.º 2, quer-se também dizer que as convenções internacionais deixarão de vigorar na ordem interna a partir do momento em que deixarem de obrigar Portugal. Isso acontecerá quando as convenções internacionais cessarem a sua vigência na ordem internacional - por exemplo, por caducidade. Mas acontecerá também quando Portugal se desvincular delas, mesmo que elas continuem a vigorar na ordem internacional¹⁷².

¹⁷⁰ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 295.

¹⁷¹ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 110 a 112.

¹⁷² Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 110 a 112. Também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 152, RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - **O Direito Internacional**, ..., cit., p. 947.

CAPÍTULO III

A hierarquia das normas do Direito Internacional

1. Do ponto de vista internacional

O valor hierárquico das normas de Direito Internacional recebidas na ordem interna dos Estados pode *a priori* ser: um valor supraconstitucional, um valor constitucional, um valor infraconstitucional mas supralegal, um valor igual ao das normas legais, ou ainda um valor infralegal. Não existe na Constituição Portuguesa actual, nem na anterior, e também na grande maioria das Constituições estrangeiras, indicação expressa do lugar que as normas de Direito Internacional ocupam, na ordem interna¹⁷³.

Para alguns sectores da doutrina quer o Direito Internacional geral ou comum, quer o Direito Internacional convencional têm um carácter infraconstitucional mas supralegal¹⁷⁴. Romano Martinez diz que a jurisprudência internacional se tem pronunciado no sentido do primado do Direito Internacional sobre qualquer norma de Direito interno, mesmo de nível constitucional¹⁷⁵. Na ordem internacional não há qualquer dúvida que as regras internacionais se impõem às regras de Direito interno. O princípio consagrado pelo artigo 27.º da Convenção de Viena exige que os Estados não possam invocar o seu Direito interno para escapar às suas obrigações respectivas e fugir à sua responsabilidade internacional. A par desta “primazia internacional”, a “primazia interna” coloca a questão da autoridade interna dos tratados. De um modo geral, o Direito Internacional não regula as questões formais relativas à aplicação interna dos tratados. Sendo certo que o conteúdo destes deve ser respeitado pelos Estados sob

¹⁷³ Ver: MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 154 e ss.. Também ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995, p. 632-633.

¹⁷⁴ Ver: SOARES, Albino de Azevedo - **Lições de Direito Internacional Público**. 4.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 94 e ss..

¹⁷⁵ Ver: MARTINEZ, Pedro Romano - Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. *In* **Direito e Justiça**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. IV: (1989/1990), p. 163-181, também DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 196.

pena de os conduzir à responsabilidade internacional. Mas os Estados têm uma certa margem de actuação quanto aos meios formais de aplicar os tratados na sua ordem interna.

Numa perspectiva puramente dualista o problema da autoridade interna dos tratados não se coloca: a norma internacional é transformada em Direito interno e adquire, em princípio, na ordem interna a autoridade da norma que a transformou, numa perspectiva puramente monista a questão não é muito complicada, quer a ordem jurídica estatal, quer a ordem jurídica internacional são consideradas como um sub-sistema, cuja validade está subordinada à outra ordem. A tendência monista considera que os tratados se tornam, desde a sua introdução na ordem interna, normas superiores de uma ordem global, abrangendo as próprias normas constitucionais. A tendência dualista considera que os tratados, como todas as outras normas internas que encontram o seu fundamento na Constituição, ficam subordinados à Constituição¹⁷⁶.

2. Do ponto de vista do Direito Comparado

De acordo com Diez de Velasco, a primazia das normas internacionais sobre o Direito interno sustenta-se no próprio Direito Internacional e não depende de um reconhecimento para o efeito por parte da Constituição. Todo o Estado, independentemente dos preceitos do seu ordenamento interno, como membro da sociedade internacional, é obrigado a respeitar os seus compromissos internacionais aceitando a hierarquia superior do Direito Internacional¹⁷⁷.

Acrescenta Rodriguez Carrión que nos ordenamentos jurídicos em que não existe qualquer disposição sobre este tema, a solução será a de ter-se em conta um princípio inspirador básico: as disposições internas dos Estados não podem ser usadas como

¹⁷⁶ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe et Primauté des Traités Internationaux et du Droit Communautaire*. In *Revue Belge de Droit International*. Bruxelles: Bruylant. Vol. XXIX: (1996-1), p. 33-89, especialmente p. 56 e 57. E ainda MARTIN, Pierre-Marie - **Droit International Public**. Paris, Milan e Barcelone: Masson, 1995, p. 175-176.

¹⁷⁷ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 196.

excludoras do ilícito internacional quando a sua aplicação der lugar a contradições com obrigações internacionais¹⁷⁸.

A consagração da supremacia do Direito Internacional, geral ou comum, sobre as leis encontra-se na Constituição alemã (artigo 25.º), do Direito Internacional convencional encontra-se na Constituição francesa (artigo 55.º), e de ambos nas Constituições grega (artigo 28.º, § 1.º), búlgara (artigo 5.º, n.º 4), cabo-verdiana (artigo 12.º, n.º 4) e russa (artigo 15.º, n.º 4)¹⁷⁹. De acordo com Mariño Menéndez, várias Constituições latino-americanas afirmam expressamente a prevalência do tratado sobre a lei interna contrária: Costa Rica (artigo 7.º), El Salvador (artigo 144.º), Honduras (artigo 18.º) e Peru (artigo 101.º). Também a Constituição de Niger (artigo 120.º), a de Túnez (artigo 32.º) e a da Mauritânia (artigo 80)¹⁸⁰. Segundo Jorge Miranda, na Grã-Bretanha e E.U.A. prevalece a lei posterior, embora haja a presunção de que nem o Parlamento, nem o Congresso quererão infringir o Direito Internacional, razão pela qual nenhum diploma deverá ser interpretado nesse sentido¹⁸¹. Poder-se-ia pensar que a superioridade hierárquica seria determinada pela posterioridade da lei, uma vez que estes sistemas colocam em pé de igualdade o tratado e a lei. Assim, o tratado derogaria leis anteriores contraditórias, mas seria, também, derogado por leis contraditórias posteriores. No entanto, o efeito de responsabilidade internacional que esta postura geraria seria salva mediante o esforço de adaptação judicial¹⁸².

Maiores dificuldades, em geral, levanta a questão da hierarquia das normas consuetudinárias no esquema das fontes do Direito interno. Com efeito, o silêncio a este respeito é quase absoluto nos diferentes ordenamentos, com excepção de disposições tão

¹⁷⁸ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 304.

¹⁷⁹ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In *AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, (1995), p. 275-301, especialmente p. 283.

¹⁸⁰ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2.ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1995, p. 531.

¹⁸¹ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional ..., cit., p. 283 e ainda BRIERLY, J. L. - **Direito Internacional**. 4.ª ed.. Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, p. 88.

¹⁸² Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 304. Neste sentido ver também PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 144.

isoladas como o artigo 25.º da Constituição da República Federal da Alemanha onde a primazia das normas consuetudinárias sobre as disposições internas fica estabelecida¹⁸³.

No caso da Alemanha, os tribunais têm interpretado o artigo 25.º da Constituição no sentido de que não estabelece a primazia dos tratados sobre as normas internas contrárias¹⁸⁴. Nos restantes casos, González Campos propôs a seguinte solução: dar às normas consuetudinárias o mesmo valor normativo que cada ordenamento outorgue às normas convencionais. Se o ordenamento internacional não contém nenhuma disposição de hierarquia entre as normas convencionais e consuetudinárias a nível internacional, parece lógico que, analogamente, os Direitos internos tratem ambas as normas com a mesma igualdade¹⁸⁵.

Assim, o artigo 25 da Lei Fundamental de *Bonn* (1949) ao dispor que: “As regras gerais de Direito Internacional fazem parte integrante do Direito Federal, elas primam sobre as leis e fazem nascer direitos e obrigações directos para os habitantes do território federal” assimila os tratados às leis ou a actos administrativos segundo o seu objecto (artigo 59.º), organiza a transferência de direitos para instituições internacionais por via legislativa (artigo 24.º, alínea 1)¹⁸⁶. Os tratados serão objecto de uma lei de execução que permitirá a sua aplicação na ordem jurídica alemã, na qual terão o valor do texto que os tornou eficaz, sendo susceptíveis de controle de constitucionalidade¹⁸⁷.

A Constituição francesa pode ser considerada como declaratória de Direito consuetudinário, no sentido de que ela se situa no seu quadro e comporta a referência a certas noções que ele consagra. O Conselho Constitucional parece ter-se referido ao Direito consuetudinário no caso das *Comores*, logo que constatou que a lei relativa à autodeterminação deste território não colocava “em causa nenhuma regra de Direito Internacional público”. Poderia assim concluir-se *a contrario* que estas regras fazem parte do bloco de constitucionalidade. Esta conclusão é, entretanto, fonte de dificuldades, na medida em que ela reconhece um valor superior aos costumes em relação aos tratados. Mas os

¹⁸³ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 306. Ainda ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995, p. 648.

¹⁸⁴ Ver: MARINO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 531.

¹⁸⁵ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 306-307.

¹⁸⁶ Ver: COMBACAU, Jean et SUR, Serge - **Droit International Public**. Paris: Editions Montchrestien, E. J. A., 1995, p. 184.

¹⁸⁷ RIDEAU, Joel - Constitution et Droit International dans les Etats membres des Communautés européennes - Situation dans les Etats membres autres que la France. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. N.º 3: (1990), p. 425-454, especialmente p. 425.

costumes só têm valor constitucional na medida em que são retomados pela Constituição e no sentido que esta lhes reconhece. No caso *Comores*, o princípio do Direito dos povos é retomado pelo artigo 53.^o ¹⁸⁸.

A primazia das normas convencionais afirma-se em relação a quaisquer outras normas com exclusão das normas constitucionais. Neste sentido manifesta-se o artigo 55.^o da Constituição francesa ¹⁸⁹ de 28 de Setembro de 1958, na linha da Constituição de 1946, que diz o seguinte: “Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde a sua publicação, uma autoridade superior à das leis, sob reserva para cada tratado ou acordo da aplicação pela outra Parte”. Este preceito pressupõe, salvo a referência final à reciprocidade, que os tratados tem uma autoridade superior à lei interna francesa e que podem ser aplicados no âmbito interno uma vez que tenham sido ratificados ou aprovados e também publicados ¹⁹⁰.

A jurisprudência francesa assimilou os acordos em forma simplificada aos tratados ratificados, considerando que o artigo 55.^o visa todas as convenções internacionais, em geral, e não somente os tratados. Todavia, a solução da questão da hierarquia das normas não está resolvida. Os juízes têm-se refugiado, muitas vezes, no argumento de que não aplicaram o Direito Internacional convencional pelo facto de este dizer respeito aos Estados e não aos particulares. Noutros termos, sem contestar a superioridade dos tratados em relação às leis, não se aplicam os tratados pelo facto destes não serem de aplicabilidade directa e não puderem beneficiar directamente os particulares, ao contrário do Direito Comunitário. O Conselho Constitucional, na sua decisão de 15 de Janeiro de 1975, declarou que uma lei “contrária a um tratado não será, por isso, contrária à Constituição”. O Conselho Constitucional recusou-se a incluir nas suas atribuições o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma tal lei, por conseguinte, é às jurisdições judiciais e administrativas que cabe fazer actuar a hierarquia prevista pelo artigo 55.^o da Constituição. Pelo contrário, na sua decisão de 9 de Abril de 1992, o Conselho Constitucional declarou que era necessário rever a Constituição antes de poder ratificar o Tratado de Maastricht ^{191 192}.

¹⁸⁸ Ver: COMBACAU, Jean et SUR, Serge - **Droit International** ..., cit., p. 201, e RIDEAU, Joel - *Constitution et Droit International* ..., cit., p. 259-296.

¹⁸⁹ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 303-304.

¹⁹⁰ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 195.

¹⁹¹ Ver: MARTIN, Pierre-Marie - **Droit International Public**. Paris, Milan e Barcelone: Masson, 1995. Especialmente p. 177-178, também SEGORBE, Beatriz e TRABUCO, Cláudia - **O Conselho Constitucional Francês**. Coimbra: Quarteto Editora, 2002, p. 123-125.

¹⁹² Diz Gérard Teboul que, de acordo com o artigo 55.^o da Constituição francesa, a Constituição prevalece sobre as convenções internacionais e estas sobre as leis. TEBOUL, Gérard - *Ordre juridique*

Assim, a posição do ordenamento jurídico francês é monista, ainda que moderada, ao exigir a publicação para a recepção no Direito interno e proclama-se a supremacia do tratado sobre a lei francesa, anterior ou posterior ao tratado. No caso de conflito com um tratado em vigor, as autoridades administrativas e judiciais (incluindo os juízes administrativos) são obrigadas a deixar de aplicar as leis anteriores ou posteriores que contrariem um tratado (sentenças do Tribunal de Cassação de 25 de Maio de 1975 *Cafés J. Vabre*, e do Conselho de Estado de 20 de Outubro de 1989 *Nicolo*). Para além disso, o mecanismo de controle prévio da constitucionalidade dos tratados internacionais trata de evitar um eventual conflito entre Constituição e tratado (artigo 54.º da Constituição)¹⁹³.

Os tratados anteriores à Constituição de 1958 impõem-se ao conjunto da ordem jurídica, incluindo a constitucional. Foi assim que o Tratado de Roma concluído em 1957, sobre a Comunidade Económica Europeia, pôde produzir e desenvolver os seus efeitos, sem que as restrições que poderiam resultar da Constituição posterior lhe fossem oponíveis. Quanto aos tratados posteriores relevam do regime preventivo do artigo 54.º, que não subordina os tratados à Constituição, uma vez que ele só se aplica, por definição, aos tratados ainda não em vigor. No que toca às leis ou aos acordos tomados em aplicação de tratados contrários à Constituição, mas que não foram submetidos ao controle *à priori* do artigo 54.º, o Conselho Constitucional parece considerar que a sua constitucionalidade não pode ser contestada sobre esta base, tendo em conta o carácter preventivo do controle. O Conselho afastou, igualmente, o controle preventivo organizado pelo artigo 61.º para apreciação da conformidade de um tratado com outro tratado¹⁹⁴.

Estas Constituições impõem, expressamente, a revisão no caso de se querer ratificar um tratado contrário às suas disposições de fundo. Assim o prevê o artigo 54.º: “Se o Conselho Constitucional, a pedido do Presidente da República, do Primeiro-Ministro ou do Presidente de qualquer das Câmaras ou de sessenta deputados ou de sessenta Senadores declara que um acordo internacional contém uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificação ou aprovação não pode dar-se sem que Constituição tenha sido revista”. Esta disposição tem sido interpretada no sentido da inaplicabilidade do tratado na

international et Ordre juridique interne. In *Droit Public*. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. N.º 3: (Mai-Juin 1999), p. 697-719, especialmente p. 709. Neste sentido ver também PALÁEZ MARÓN, José Manuel - *Lecciones de Instituciones* ..., cit., p. 144.

¹⁹³ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - *Instituciones de Derecho* ..., cit., p. 195-196. E ainda MARTIN, Pierre-Marie - *Droit International* ..., cit., p. 176.

¹⁹⁴ COMBACAU, Jean et SUR, Serge - *Droit International* ..., cit., p. 200.

ordem jurídica francesa mas não no sentido da superioridade da Constituição sobre o tratado¹⁹⁵. Pode afirmar-se que toda a Constituição pode ser revista para permitir a ratificação de um tratado contrário à mesma, salvo quando certos tratados estão constitucionalmente proibidos^{196 197}.

Contudo, a *ratio* do artigo 54.º, da Constituição francesa, encontra-se na intenção de atribuir à Constituição um carácter de lei suprema, que impõe ao legislador a harmonização do Direito interno, incluindo o constitucional, com os tratados necessários ao desenvolvimento da sociedade internacional. Quanto ao controle de conformidade dos tratados internacionais com a Constituição, é reservada, pelo artigo 54.º, apenas a quatro entidades - Presidente da República, Primeiro-Ministro, Presidente da Assembleia Nacional ou do Senado - a possibilidade de recorrer ao Conselho Constitucional, para que este verifique preventivamente a conformidade dos tratados com a Constituição, mas não da lei ordinária com os tratados.

O Presidente da República é o garante do respeito dos tratados (artigo 5.º). O artigo 16.º, entretanto, prevê entre as causas de recurso aos poderes excepcionais do Presidente, a hipótese em que a execução dos compromissos internacionais de França seja ameaçada de maneira grave e imediata. Segundo o artigo 11.º, da Constituição, o Presidente da República pode submeter a referendo todo o tratado que “sem ser contrário à Constituição, possa afectar o funcionamento das instituições” (isto produziu-se em algumas ocasiões sobretudo em 20/09/1992, acerca do projecto de lei de ratificação, com o fim de autorizar a ratificação do Tratado de Maastricht de 7/02/1992, sobre a União Europeia e com resultado favorável)¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Inspirado nesta disposição está, entre outros, o artigo 160.º, da Constituição da Argélia “Se houver contradição entre preceitos de um tratado ou parte dele e a presente Constituição, não se poderá ratificar aquele enquanto não se modifique a Constituição”. E também o artigo 50.º, n.º 3, da Constituição da Áustria e o artigo 125.º, n.º 6, da Constituição da Rússia. Neste mesmo sentido, as Constituições latino-americanas de El Salvador (artigo 144.º a 146.º), a das Honduras (artigo 17.º) e do Peru (artigo 103.º). A supremacia expressa da Constituição sobre as normas convencionais internacionais é a regra em muitas Constituições latino-americanas: Argentina (artigo 27.º), Equador (artigo 137.º), México (artigo 133.º), Nicarágua (artigo 182.º), Paraguai (artigo 137º) e República Dominicana (artigo 46.º), e também na Constituição de Cabo-Verde (artigo 12.º, n.º 4). Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 530.

¹⁹⁶ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 530.

¹⁹⁷ Pode dizer-se que as Constituições dos novos Estados da área afroasiática ignoram o tema. Na prática continuam a proceder como o faziam antes da independência. Neste sentido ver também PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones** ..., cit., p. 144.

¹⁹⁸ Ver: MARTIN, Pierre-Marie - **Droit international** ..., cit., p. 177-178.

De acordo com Favoreu, as normas internacionais são superiores à Constituição, admitindo-se que a sua superioridade não seja exercida, presume-se a compatibilidade¹⁹⁹.

No sentido de que a Constituição prevalece sobre as convenções internacionais e estas sobre as leis encontramos também Constituições de diferentes países de antigo domínio francês. Um regime análogo parece ter sido estabelecido pelo artigo 32.º, da Constituição da Federação Russa, após a revisão de 21 de Abril de 1992. Encontra-se também nesta categoria o artigo 28.º, n.º 1, da Constituição da Grécia de 11/6/75, que impõe uma condição de reciprocidade mas mais limitada que no caso francês: “(...)Terão um valor superior a toda a disposição em contrário da lei (...) os tratados internacionais uma vez ratificados por via legislativa e tendo entrado em vigor (...) Estará sempre sujeita à condição de reciprocidade de aplicação a aplicação dos tratados internacionais aos estrangeiros”²⁰⁰.

No que diz respeito à Constituição italiana e ao seu artigo 10.º, alguns autores²⁰¹ entendem que o constituinte italiano quis evitar toda a utilização do sistema normativo ordinário e que ao mesmo tempo criou, através do artigo 10.º, um procedimento que assegura a plena e pontual conformidade do Direito italiano às normas internacionais gerais. A seu conselho o princípio de introdução automática das normas resultantes de costumes internacionais deve associar-se com aquele, segundo o qual elas devem ter prioridade sobre outras normas da ordem interna. Portanto, as normas introduzidas pelo artigo 10.º terão o mesmo valor da norma da qual são tiradas, isto é o valor de normas constitucionais. Sobre este ponto, uma outra parte da doutrina²⁰² sugeriu, pelo contrário, adoptar um critério geral “de natureza substancial”, em virtude do qual as normas introduzidas pelo artigo 10.º teriam a eficácia de preceitos constitucionais ou de normas ordinárias ou mesmo de normas

¹⁹⁹ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno em Direito Comparado. In *Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 53/54: (1993), p. 139-190, especialmente p. 168. E FAVOREU, Louis - L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public. In *Pouvoirs*. N.º 13: (1991), p. 20. Citado por PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito ..., cit., p. 169.

²⁰⁰ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - *Derecho Internacional* ..., cit., p. 530 e 531. Neste sentido ver também PALÁEZ MARÓN, José Manuel - *Lecciones de Instituciones* ..., cit., p. 144.

²⁰¹ LA PERGOLA, M. - *Adattamento automatico e norma internazionali in conflitto con la Costituzione*. Giurisprudenza costituzionale, 1963, p. 1496 e ss..

²⁰² CASSESE, M. - *Articolo 10, Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*. Bolonha, 1975, p. 485 e ss.. Também CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit International Public. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344, especialmente p. 228-230, e ESPADA, Cesario Gutiérrez - *Derecho Internacional* ..., cit., p. 636-637.

regulamentares, na medida em que a matéria que elas regulam esteja prevista, na ordem jurídica italiana, em normas constitucionais, legislativas ou regulamentares.

Quanto às características da adaptação automática M. Perassi e M. Morelli tinham já observado que ela se apresenta como imediata, completa e contínua. Imediata, porque se verifica no momento em que a norma consuetudinária internacional surge, completa, porque ela introduz no Direito interno todas as variações necessárias para o harmonizar com as regras internacionais, contínua, porque toda a variação do costume internacional implica uma variação correspondente da ordem jurídica interna.

Um problema que tem sido largamente discutido diz respeito à possibilidade²⁰³ de incluir também entre as normas internacionais geralmente reconhecidas a regra *pacta sunt servanda*, sobre a qual repousa o valor obrigatório dos tratados. Daí decorreria a consequência de considerar todos os tratados como objecto de adaptação automática.

Em relação a esta hipótese deve registrar-se a atitude contrária da maioria da doutrina italiana. Ela apresenta duas críticas: em primeiro lugar, que uma regra estrutural, como a norma *pacta sunt servanda*, não tem um conteúdo que exija a introdução no Direito interno de normas conformes, e em segundo lugar, que a lógica global da ordem jurídica italiana considerou sempre necessária a presença, como meio de adaptação ao Direito derivado dos acordos, de leis de execução dos tratados. Aquela tese - isolada e desmentida por toda a jurisprudência ulterior - foi recentemente considerada como inaceitável não só tendo em conta essa jurisprudência mas também pelo facto de considerarem que o poder constituinte elaborou o artigo 10.º de tal forma que, dele resulta que a sua eficácia se limita às normas internacionais gerais²⁰⁴.

A posição da Constituição italiana quanto ao Direito convencional é distinta, trata-se de um sistema dualista levado até às suas últimas consequências. A recepção dos tratados na ordem jurídica italiana exige o procedimento que opere o *adattamento* ou transformação do tratado numa norma jurídica interna. Quando o Parlamento italiano tem que autorizar um tratado internacional, essa autorização e a ordem de execução estão contidas no mesmo instrumento legislativo, de modo que, depois de expressar a correspondente autorização parlamentar dispõe que “plena e inteira execução seja dada ao seguinte tratado”, reproduzindo-se de seguida o texto do tratado. Logo o tratado internacional no Direito italiano

²⁰³ Ver: QUADRI, M. - **Diritto Internazionale Pubblico**, p. 63 e ss..

²⁰⁴ Ver: CAPOTORTI, Francesco - *Cours Général ...*, cit., p. 228-230. E também ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público ...**, cit., p. 636-637.

terá o valor de uma lei (se a matéria objecto do tratado é de competência do Parlamento italiano) ou de um decreto (se a matéria é de competência do executivo). A dita lei ou decreto produz a transformação do tratado numa norma de Direito interno de idêntico conteúdo e que terá a mesma hierarquia que a norma interna que operou a sua transformação, podendo derrogar normas internas do mesmo valor que sejam incompatíveis, mas também o tratado enquanto lei ou decreto pode sofrer derrogações por normas internas posteriores de igual valor. Se isto acontece a violação do tratado será um facto ilícito internacional, incorrendo a Itália em responsabilidade internacional. O sistema italiano é imperfeito tecnicamente e não oferece segurança suficiente nas relações jurídicas internacionais até ao ponto de o ordenamento jurídico italiano e a sua mais alta jurisdição, o Tribunal Constitucional, não puderem manter este sistema em relação à ordem jurídica comunitária, reconhecendo de forma excepcional ao Direito Comunitário aplicação directa e imediata (sem transformação) e primazia sobre o Direito italiano²⁰⁵.

O segundo instrumento especial de adaptação existente na ordem jurídica italiana é a ordem de execução dos tratados. Ela consiste num acto normativo que exprime pura e simplesmente a vontade do legislador italiano de dar plena e inteira execução a um determinado tratado, cujo texto é ao mesmo tempo publicado. Este acto normativo representa a aplicação mais importante do princípio segundo o qual “a importância jurídica de um tratado no Direito interno de qualquer Estado é determinada sobre a base exclusiva do Direito em vigor no próprio Estado”. Cabe ao intérprete determinar quais são as normas introduzidas ou suprimidas pela ordem de execução e ele deve beneficiar de dois pontos de orientação: um é dado pelas obrigações e pelas faculdades internacionais reguladas pelo tratado, o outro pela situação da ordem jurídica interna no momento da ordem de execução. Se o comportamento obrigatório ou facultativo segundo o tratado tem já uma correspondência espontânea no Direito do Estado, toda a variação da ordem jurídica deste pode ser também supérflua. A regra “guia” para o intérprete pode ser: “as normas a construir são todas aquelas que são necessárias para que o tratado seja aplicado”.

No que diz respeito à esfera de aplicação das normas criadas pela ordem de execução ela coincide com a do tratado. Daí que se disponha que a entrada em vigor destas normas,

²⁰⁵ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 196; COMBACAU, Jean et SUR, Serge - **Droit International** ..., cit., p. 185; RIDEAU, Joel - Constitution et Droit International dans les Etats membres des Communautés européennes - Situation dans les Etats membres autres que la France. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. N.º 3: (1990), p. 425-454., especialmente p. 440-441.

bem como a sua supressão e eventual alargamento da esfera subjectiva dos contratantes concordam com os acontecimentos correspondentes que se realizem no plano internacional.

De uma análise da jurisprudência italiana, deduziu-se a necessidade de distinguir as normas derivadas de acordos *self-executing* dos outros. As primeiras seriam aplicadas com base apenas na ordem de execução enquanto que a aplicação das segundas, na ordem italiana, exigiria o recurso aos procedimentos ordinários de aplicação²⁰⁶.

A propósito do valor que as normas introduzidas pela ordem de execução adquirem no sistema italiano, é preciso ter em conta a forma na qual a ordem é dada: se essa forma é aquela de um acto legislativo ordinário, considerou-se sempre que as normas introduzidas podem ser modificadas por leis sucessivas. Em oposição com esta orientação, utilizam-se instrumentos de interpretação susceptíveis de assegurar a predominância dos tratados sobre as leis ordinárias. Em particular recorre-se à presunção, segundo a qual, em caso de dúvida, as normas internas são interpretadas como susceptíveis de garantir o respeito dos compromissos internacionais precedentes. Mas, na jurisprudência constitucional da última década (sentença n.º 10, de 12-19 Janeiro 1993) viu-se nascer outra tendência: para esta última quando estão em jogo normas internacionais introduzidas na ordem italiana “com a força de lei própria aos actos de execução relativos”, é preciso considerar que: “Trata-se de normas que derivam de uma fonte reportável a uma competência atípica e como tal não susceptível de abrogação ou de modificação por parte de disposições de lei ordinária.”

Ao contrário, a tendência de algumas ordens jurídicas estrangeiras consiste na admissão da eficácia abrogativa de leis posteriores àquelas que dão execução a um tratado desde que essa eficácia esteja expressamente prevista^{207 208}.

No que respeita às normas convencionais, há ordenamentos que adoptam uma posição explícita a este respeito, nos quais estas ocupam um lugar variável na hierarquia normativa. Assim, na Constituição holandesa (revista em 19/01/1983), o artigo 94.º dispõe que: “Não serão aplicáveis as normas jurídicas vigentes no Reino quando a sua aplicação seja incompatível com as disposições de um tratado ou com as decisões de organizações de Direito Internacional que obriguem os particulares.”. Desta forma fica claro que a contradição entre

²⁰⁶ Ver: CAPOTORTI, Francesco - Cours Général ..., cit., p. 230-231.

²⁰⁷ Ver: CAPOTORTI, Francesco - Cours Général ..., cit., p. 232-234.

²⁰⁸ De acordo com o Professor Ferrari Bravo a lei de aplicação de um tratado internacional é considerada uma *lex specialis* e por isso supera as *leges generales* sejam precedentes ou posteriores. Ver: BRAVO, Luigi Ferrari - **Lezioni di Diritto Internazionale**. 3.ª ed... Napoli: Editoriale Scientifica, 1994, p. 99.

as normas internacionais e as normas internas se resolve a favor das primeiras²⁰⁹. Entende-se que se trata de um sistema dualista moderado porque a recepção do Direito Internacional convencional no Direito holandês verifica-se mediante a sua transformação em lei interna, se bem que o tratado tem uma força superior à lei, como se estabelece no artigo 94.º da Constituição revista. Neste preceito proclama-se, para certas disposições dos tratados que possam obrigar os cidadãos, a supremacia do tratado sobre as leis anteriores e posteriores ao mesmo e, portanto, a não aplicabilidade destas. Mas será necessário para que se produzam estes efeitos, que tenha ocorrido o acto da publicação, como se deduz claramente do artigo 93.º da referida Constituição. Um tratado internacional pode ter primazia sobre a Constituição holandesa, derogando as disposições dessa Constituição que se oponham ao tratado, com a condição de que o mesmo tenha sido aprovado pelo Parlamento por maioria de 2/3, de acordo com o estabelecido no artigo 91.º, n.º 3.º, daquela Constituição²¹⁰.

No ordenamento espanhol a situação é obscura. A Constituição actual nada diz expressamente sobre a recepção e hierarquia do costume. A interpretação doutrinal conclui que, implicitamente, a Constituição espanhola vigente admite a prevalência dos costumes internacionais sobre as leis internas. Os argumentos são os seguintes: de acordo com o artigo 96, n.º 1, os tratados internacionais prevalecem sobre o Direito interno de valor inferior à Constituição, isto é, nenhuma norma interna pode “tocar” num tratado internacional, só outro tratado ou as “normas gerais do Direito Internacional”. Assim, as normas gerais de Direito Internacional, tal como os tratados, primam sobre a legislação interna. Esta interpretação para além de lógica evita o risco de responsabilidade internacional e, por outro lado, é coerente com o Direito Internacional no qual o tratado e o costume têm o mesmo valor²¹¹.

O Direito interno espanhol manteve, tradicionalmente, o princípio da suprallegalidade dos tratados. A Constituição republicana (1931) declarava-o expressamente: “Não poderá

²⁰⁹ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 304. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 530. E COMBACAU, Jean et SUR, Serge - **Droit International** ..., cit., p. 184-185.

²¹⁰ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 196. E também MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 529; e ainda PIRES, Maria José Morais - **Relações entre o Direito** ..., cit., p. 144; RIDEAU, Joel - **Constitution et droit international** ..., cit., p. 450.

²¹¹ ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995. Especialmente p. 648-649. Em geral RIDEAU, Joel - **Constitution et Droit International** ..., cit., especialmente p. 432-435.

ditar-se qualquer lei em contradição com as convenções se não tiverem sido previamente denunciadas.” (artigo 65.º, § 3.º). Por um lado, a decisão do Conselho de Estado a respeito da incompatibilidade entre um tratado (artigo 3.º de uma Convenção de 1879 entre a Espanha e a Suíça) e uma norma interna (artigo 14.º do Decreto de 14 de Dezembro de 1956) estipulou: “Nenhuma outra lei do Estado poderá opor-se eficazmente, já que não se trata de um preceito de igual valor hierárquico e para além disso em virtude do princípio lei especial derroga a lei geral que deve ser aplicado em qualquer caso”. Também na jurisprudência do Tribunal Supremo se encontram passagens em que se alude ao valor supralegal dos tratados²¹². O n.º 2 do artigo 96.º da Constituição estabelece que as disposições dos tratados “só poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais de Direito Internacional”. O que *a contrario sensu* significa que nenhuma disposição interna pode modificar as disposições contidas nos tratados, donde se pode afirmar a primazia, fixada na Constituição, das normas convencionais sobre qualquer disposição interna anterior ou posterior à mesma. Apesar de, ao contrário do anteprojecto, a Constituição não proclamar a superioridade dos tratados em relação às leis, parece inequívoca a posição de superioridade dos tratados na ordem jurídica espanhola, que se não está claramente prescrita no texto constitucional pode sem dúvida extrair-se do conjunto das suas normas. De acordo com o artigo 95.º, n.º 1, da Constituição: “A celebração de um tratado internacional que contenha estipulações contrárias à Constituição exigirá a prévia revisão constitucional.” Assim, desta forma, pretendeu fixar-se como regra que não pode existir uma contradição, pelo menos explícita, entre as disposições convencionais e as constitucionais²¹³.

Quanto à posição dos tratados em relação à Constituição, estes devem respeitar e conformar-se com a Constituição.

Parece que o legislador constituinte não proibiu que o Estado espanhol conclua tratados internacionais contrários à Constituição, pelo contrário, previu expressamente a possibilidade de rever a própria Constituição para adequá-la às normas convencionais²¹⁴. Em relação às normas hierarquicamente subordinadas às constitucionais, parece que a leitura combinada deste preceito, com o anteriormente citado artigo 96.º, resolve qualquer problema a este respeito. No entanto, parece que o artigo 93.º assinala mais um escalão, pois de acordo com ele, mediante lei orgânica, pode modificar-se a Constituição no suposto específico que

²¹² ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 633-634.

²¹³ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 303-305.

²¹⁴ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 561.

um tratado “atribua a uma organização ou instituição internacional o exercício de competências derivadas da Constituição”. Assim, as normas contidas neste tipo de tratados teriam uma hierarquia superior às normas constitucionais mas em tudo aquilo e só naquilo que se referisse ao exercício de competências que a Constituição estabelece relativamente aos poderes legislativo, executivo e judicial. Neste sentido temos a declaração do Tribunal Constitucional de 1 de Julho de 1992, sobre a possível contradição entre o Tratado da União Europeia e o artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, relativo ao direito de sufrágio activo e passivo dos nacionais da União Europeia em Espanha²¹⁵.

Mas de nenhum modo um tratado pode prevalecer sobre a Constituição, a não ser, segundo o artigo 95.º, n.º 1, que se faça a prévia revisão da mesma. Em todo o caso, o Governo ou qualquer uma das Câmaras pode requerer ao Tribunal Constitucional para declarar se existe ou não contradição entre o tratado e a Constituição. É um controle *a priori* da constitucionalidade. Segundo a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional de 3 de Outubro de 1979, existe também um controle *a posteriori* da constitucionalidade dos tratados, tanto quanto ao seu conteúdo como quanto ao procedimento da sua celebração. Mas, para interpor recurso de inconstitucionalidade é preciso que o tratado tenha sido publicado no jornal oficial do Estado, o qual supõe que já está em vigor. E se o tratado é declarado inconstitucional, surge então o problema de saber como se pode desligar Espanha, no plano internacional, do tratado em questão^{216 217}.

²¹⁵ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 303-306. E também ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 638.

²¹⁶ Ver em: PASTOR RIDRUEGO, José Antonio - **Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales**. 6.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1996, p. 204.

²¹⁷ Um tratado que já faça parte do ordenamento interno espanhol poderá ser objecto de um controle de constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional, de acordo com o estabelecido na Constituição (artigos 159.º a 165.º) e de acordo com a sua Lei Orgânica, podendo este declarar a existência de contradições entre a Constituição e as estipulações de um tratado internacional cujo texto esteja já definitivamente fixado mas ao qual não tenha sido ainda prestado o consentimento definitivo do Estado (artigos 95.º, n.º 2, da Constituição e 78.º da L.O.T.C.). Este procedimento de controle prévio da constitucionalidade termina com uma declaração vinculativa do tribunal, que se for de inconstitucionalidade obrigará o Governo a reiniciar o *item* processual de exame e autorização pelas Cortes, se quiser persistir na sua vontade e caso se trate de inconstitucionalidade procedimental ou formal, se tratar de inconstitucionalidade material ou substantiva aí teria de não concluir o tratado a não ser no caso de reforma prévia da Constituição. A inconstitucionalidade de um tratado internacional, internacionalmente obrigatório para Espanha pode ser promovida mediante recurso de inconstitucionalidade (artigo 161.º, n.º 1, alínea a), da Constituição, artigo 27.º, n.º 2, alínea c), da L.O.T.C. e artigos 31.º a 34.º) ou mediante uma questão de inconstitucionalidade promovida por juízes ou tribunais (artigos 29.º, n.º 1, e 35.º a 37.º da L.O.T.C. e artigo 163.º da Constituição). Em qualquer dos casos se o procedimento termina por sentença que declara a inconstitucionalidade do tratado este torna-se inaplicável na ordem jurídica espanhola. Se o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de um tratado não significa que possa declarar a sua nulidade como pode fazer em relação à lei (artigo 39.º da L.O.T.C.). Deve entender-se que o declara inaplicável (nulidade puramente interna), pois a nulidade de um tratado só pode fundar-se nas causas previstas no Direito

Se a Constituição espanhola não declara de modo directo a primazia do Direito Internacional convencional, a dita primazia afirma-se, indirecta mas inequivocamente, no § final do artigo 96.º, n.º 1. Um tratado não pode ser modificado, derogado ou suspenso de forma unilateral, por exemplo, por uma lei do Parlamento, sem a vontade concertada das Partes que concorreram no mesmo, a força de resistência do tratado perante a lei é a garantia da primazia do tratado sobre as leis anteriores ou posteriores contrárias.

Na sentença n.º 28/1991, de 14 de Fevereiro²¹⁸, o Tribunal Constitucional espanhol insistiu em que o artigo 96.º, n.º 1, da Constituição espanhola faculta aos juízes e tribunais espanhóis, no caso de colisão tratado-lei (anterior ou posterior), optar pelo tratado como a norma aplicável ao litígio.

Cumprе também assinalar, que a primazia e a aplicação directa dos tratados internacionais concluídos por Espanha se referem ao conjunto da legislação espanhola, tanto estatal como autonómica. Com efeito, na maioria dos Estados Autônomicos prevê-se, expressa ou tacitamente, a aplicação do Direito emanado da Comunidade autónoma, nas matérias da sua competência exclusiva “com preferência a qualquer outro”, mas o Direito autonómico não pode prevalecer no caso de conflito com os tratados internacionais (e em consequência com os actos das organizações internacionais), como tão pouco pode prevalecer sobre a Constituição, que prevê essa primazia do tratado a que se subordina toda a legislação²¹⁹.

A celebração de um tratado internacional, que verse matérias de exclusiva competência autonómica, é de competência do Governo de acordo com redacção do artigo

Internacional (artigo 42.º, n.º 1, da Convenção de Viena) e não pode ser declarada unilateralmente por uma das Partes..

Se a sentença do Tribunal Constitucional constata a contradição entre o procedimento seguido para a manifestação do consentimento e as normas constitucionais sobre a competência para celebrar tratados, essa sentença sobre a inconstitucionalidade extrínseca permitiria a Espanha alegar internacionalmente a nulidade do tratado seguindo o procedimento previsto nos artigos 65.º a 68.º da Convenção de Viena. Mas também poderia sanar o vício do consentimento iniciando-se novamente, de forma correcta, o procedimento previsto na Constituição para a prestação do consentimento.

Se a sentença do Tribunal Constitucional constata o que o conflito entre o tratado e a Constituição se dá por motivos substanciais ou de inconstitucionalidade intrínseca caberia, entre várias opções, concertar-se com a outra Parte para dar por terminado ou suspenso (total ou parcialmente) o tratado ou modificá-lo no ponto em questão, se o tratado o permitir poderá denunciar-se, ainda que a denúncia não surta efeitos até esgotar o prazo de pré-aviso. Também se poderia iniciar o procedimento de reforma da Constituição de modo a torná-la compatível com o tratado e ao eliminar-se o conflito entre a Constituição e o tratado este poderia aplicar-se plenamente. Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 561-562 e DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 200-201.

²¹⁸ Caso *Ellecciones al Parlamento Europeo*, in *B.O.E.*, de 15 de Março de 1991.

²¹⁹ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 204 e ss..

149.º, n.º 1, 3.ª, da Constituição. Em virtude do Direito Internacional, os Estados unitários devem aplicar os tratados em todo o seu território nacional. Assim, existe a possibilidade governamental de ditar leis de harmonização das disposições normativas das Comunidades Autónomas (artigo 150.º, n.º 3), o que evitará a aplicação desigual de um mesmo tratado por estas, e por fim a eventualidade do Governo estadual poder adoptar todas as medidas necessárias para obrigar a Comunidade Autónoma a cumprir, mesmo que forçosamente, as ditas obrigações (artigo 155.º)²²⁰. As normas de um tratado internacional (internacionalmente obrigatório para Espanha e publicado) prevalecem (se houver contradição) sobre as normas ditadas pelas Comunidades Autónomas no exercício das suas competências normativas. Esse “efeito de primazia” acentua-se potencialmente no caso de normas convencionais “auto-executivas”, que são directamente aplicáveis pelas autoridades e tribunais internos sem necessidade de normas internas (estatais ou autonómicas) que as desenvolvam ou completem. Os problemas políticos internos que podem surgir se o Estado (no exercício da sua competência exclusiva estabelecida pelo artigo 149.º, n.º 1, 3.ª, da Constituição espanhola) regular “auto-executoriamente”, por via de tratado internacional, matérias de competência normativa autonómica exclusiva, podem aconselhá-lo a actuar de modo a que as Comunidades Autónomas possam exercer plenamente as suas competências de execução das normas internacionais²²¹.

O artigo VI, n.º 2 da Constituição dos Estados Unidos diz que “esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”. Este preceito mostra uma equiparação entre tratado e Constituição, uma autorização de aplicação dos tratados e a declaração de que estes, tal como a Constituição e as leis dos Estados Unidos, são superiores à Constituição e às leis de cada um dos Estados da União²²². A prevalência da lei federal interna americana anterior foi afirmada de forma consistente pelo Procurador Geral dos Estados Unidos numa carta dirigida ao observador permanente da O.L.P. perante as Nações Unidas, carta que foi recolhida pelo texto da decisão do T.I.J.

²²⁰ ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 642-645.

²²¹ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 564.

²²² Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 9.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 191, sem correspondência no texto da 13.ª ed., de 2001.

referente à aplicabilidade da obrigação de arbitragem em virtude da secção 21 do Acordo, de 26 de Junho de 1947, relativo à sede da O.N.U. (nessa carta indicava-se expressamente “(...) entre os muitos argumentos que apoiam a nossa decisão há que citar a posição do Tribunal Supremo dos Estados Unidos que considera desde há mais de um século que o Congresso pode, para fins de Direito interno, não se encontrar vinculado pelos tratados e, por tanto, pelo Direito Internacional (...))²²³. Por seu lado, naqueles ordenamentos em que a norma convencional tem de ser recebida por acto do Parlamento, porque assim se estabelece expressamente ou deriva directamente do fixado no texto constitucional, ou porque assim resulte da prática jurisprudencial²²⁴, as normas convencionais têm assim mesmo um valor igual ao da lei interna, mas a dita igualdade só se aplica aos tratados cujas normas tenham sido recebidas por lei e não aos demais²²⁵.

Em síntese, diz Mariño Menéndez que todos os casos de prevalência da lei posterior e ainda nos de silêncio constitucional completo²²⁶, na prática, tendem a evitar a produção de contradições demasiado claras entre as normas convencionais, que os vinculam internacionalmente, e as do seu Direito interno. O principal meio para tal é os órgãos aplicadores actuarem de acordo com um imperativo jurídico implícito: devem procurar interpretações harmonizadoras das normas internacionais e internas que se considerem aplicáveis. Existe, inclusive, uma prática judicial estabelecida de que o órgão legislativo não pretendeu contradizer o estabelecido por um tratado anterior, ao ditar a lei. Em alguns casos recorre-se à técnica de afirmar que as normas internacionais convencionais devido à sua

²²³ Esta mesma preocupação no sentido da prevalência dos tratados sobre as normas dos “Estados federados” surge no artigo 133.º da Constituição do México de 5/2/1917, que dispunha o seguinte: “Esta Constituição, as leis do Congresso da União e todos os tratados que estejam de acordo com a mesma, celebrados e que se celebrem pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, serão a lei suprema de toda a União. Os juízes de cada Estado sujeitar-se-ão à dita Constituição, leis e tratados apesar das disposições contrárias que possam existir nas Constituições ou leis dos Estados”. Neste grupo devem incluir-se os sistemas da Constituição da Turquia (artigo 90.º, n.º 5) e da Argélia (artigo 159.º) segundo o qual: “Os tratados internacionais ratificados pelo Presidente da República de acordo com os preceitos desta Constituição terão força de lei”. Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 532.

²²⁴ Ver os artigos 73.º da Constituição do Japão e 29.º, n.º 6, da Constituição da Irlanda. Ainda a Suécia, em geral os países escandinavos e ainda implicitamente o artigo 21.º, da Constituição das Filipinas de 2/2/1978, segundo o qual “nenhum tratado ou acordo internacional é válido e efectivo enquanto não seja aprovado pelo menos por 2/3 da totalidade dos membros do Senado”. Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 532.

²²⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 531-532.

²²⁶ Como por exemplo: a Constituição da República Popular da China e a maior parte das dos antigos “países socialistas” da Europa Oriental guardam silêncio a este respeito. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 531.

natureza são normas “especiais” aplicáveis à margem das normas “gerais” de fonte exclusivamente interna. É claro que, o anterior não vale em geral se é patente que o Parlamento quis ditar uma lei interna expressamente contrária às normas convencionais. Neste caso o órgão estatal que aplica o Direito deverá fazer prevalecer a norma legislativa interna posterior sobre a internacional contrária. Em resumo, a prevalência da norma de convenção internacional sobre a lei interna posterior claramente contrária só se verifica se existem disposições expressas da Constituição no sentido dessa prevalência, ou se admitiu, na prática constitucional, a existência de uma norma implícita de valor constitucional que produz esse efeito²²⁷.

3. Do ponto de vista da actual Constituição Portuguesa

Analisada a questão da aplicabilidade do Direito Internacional na ordem jurídica portuguesa, neste número iremos dedicar-nos a outra questão, não menos importante, e que diz respeito à posição hierárquica das mesmas normas dentro das fontes do Direito interno.

Mais uma vez existem diferenças de opinião, porque como o nosso texto constitucional não contém uma norma que indique expressamente qual a dita hierarquia, há quem perfilhe, como já vimos, uma posição constitucionalista defensora dos princípios da soberania, da independência e da constitucionalidade e como tal apontam para o valor infraconstitucional, ou quando muito para a paridade entre as normas de Direito Internacional e as normas internas, e existem também aqueles que perfilham uma posição internacionalista e como tal pugnam pela superioridade do Direito Internacional face ao Direito interno.

Para uma exposição mais clara vamos referir as diferentes posições nesta matéria, seguindo o disposto nos diferentes números do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.), que se refere às normas de Direito Internacional.

Assim, o artigo 8.º, com o título de Direito Internacional, aparece entre o artigo relativo às relações internacionais e o artigo que se refere às tarefas fundamentais do Estado. Da sua análise resulta um sistema de fontes de Direito que caberia melhor na Parte em que a

²²⁷ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 532-533.

Constituição dispõe quanto aos actos normativos, tal permitiria em sede da Parte III arrumar a tipologia dos actos internacionais. No artigo 8.º, n.º 1, o legislador constituinte decidiu referir-se ao costume, ligando-o com os princípios de Direito Internacional e excluiu o costume local e regional. Acolhe normas e princípios de Direito Internacional geral ou comum de qualquer proveniência, seja jurisprudencial, doutrinal, consuetudinária ou mesmo convencional²²⁸.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o n.º 1 do artigo 8.º estabelece um regime de “recepção automática” para uma parte do Direito Internacional - as normas e princípios de Direito Internacional geral - o qual beneficia assim de uma cláusula geral de recepção plena, sendo incorporado como “parte integrante do Direito português” sem necessidade de observância das regras ou formas constitucionais específicas de vinculação estadual ao Direito Internacional. Basta que se trate de normas de Direito Internacional e que sejam gerais ou comuns. A primeira condição exclui as regras sem carácter jurídico, sejam as normas de moral ou cortesia internacional, sejam as que decorrem das chamadas “doutrinas de política externa”, a segunda condição exclui as normas de Direito Internacional que não possuam carácter geral, isto é, que não vinculem a generalidade dos países. De acordo com aqueles Autores, normas de Direito Internacional geral são as normas consuetudinárias de âmbito geral, princípios de Direito Internacional geral são os princípios fundamentais geralmente reconhecidos no Direito interno dos Estados e que, em virtude da sua sedimentação generalizada na consciência jurídica das colectividades, acabam por adquirir sentido normativo no plano do Direito Internacional (por exemplo o princípio da boa-fé, a cláusula *rebus sic standibus*, a proibição do abuso de direito, o princípio da legítima defesa).

Estas normas e princípios do Direito Internacional comum são parte integrante do Direito português. O Direito português “abre-se” ao Direito Internacional geral na medida da existência e validade jurídico-internacional das normas deste último (cfr. artigo 29.º, n.º 2, da C.R.P.)²²⁹.

Para aqueles Autores, de acordo com a postura internacional do Estado e de respeito pela ordem jurídica internacional, está o regime de recepção directa do Direito Internacional na ordem jurídica interna - artigo 8.º. Além de vincular e obrigar ao cumprimento das obrigações internacionais do Estado, esse Direito também vigora directamente, enquanto tal,

²²⁸ De acordo com: PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV Revisão Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 51-57, especialmente p. 57.

²²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

na ordem interna, sem necessidade de nenhuma transcrição ou tradução legislativa. Diz Gomes Canotilho que falta no texto constitucional português uma norma como a da Constituição alemã (artigo 25.º), onde depois de afirmar, como no artigo 8.º da Constituição portuguesa, que as normas do Direito Internacional geral são parte integrante do Direito federal, se acrescenta que “essas normas prevalecem sobre as leis, criando, de forma directa, direitos e obrigações para os habitantes do território federal”²³⁰. Apesar da falta daquele tipo de norma, tem entendido a doutrina e a jurisprudência, de um modo geral, que o Direito Internacional recebido na ordem jurídica interna prevalece sobre o Direito ordinário interno, sobrepondo-se às leis existentes e não podendo ser lícitamente infringido por leis posteriores. Para Gomes Canotilho, a contradição entre leis internas e Direito Internacional é uma das hipóteses em que se poderá defender a existência de ilegalidade²³¹. Também entende neste sentido Jorge Miranda, que sempre defendeu e continua a defender que todas as normas internacionais vinculativas de Portugal prevalecem sobre as normas legais, sejam anteriores ou posteriores²³².

Diz aquele Autor que a Constituição da República Portuguesa declara vários princípios de Direito Internacional geral ou comum no artigo 7.º, n.º 1, e ainda no artigo 29.º, n.º 2. Os princípios consignados no artigo 7.º, n.º 1, correspondem a princípios de *ius cogens*, como logo se reconhecem e correspondem-lhes também, na Declaração Universal o princípio da igualdade e da dignidade de todos os seres humanos, o da proibição da escravatura e da atribuição universal de personalidade jurídica. Como princípios de *ius cogens* são estruturantes da sociedade internacional e não podem, por isso, deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado, enquanto membro dessa sociedade. Ainda que o artigo 7.º não os indicasse, o poder constituinte não poderia contrariá-los ou subvertê-los²³³. Diz ainda

²³⁰ Também a Constituição de Cabo-Verde (Lei Constitucional n.º 1/99 de 23 de Novembro), como já referimos contém uma disposição sobre o Direito Internacional, o artigo 12.º cujo n.º 4 define expressamente que: “As normas e os princípios do Direito internacional geral ou comum e do Direito Internacional convencional validamente aprovados ou ratificados têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica internacional e interna, sobre todos os actos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional.”.

²³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 92 e também CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 813 e 814.

²³² Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In *AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, (1995), p. 275-301, especialmente p. 291 e 292.

²³³ Embora a aceitação de um corpo de regras imperativas seja ainda controversa na prática internacional, a sua admissão doutrinal e a sua previsão nos artigos 53.º e 64.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, exige a sua admissibilidade e, por uma questão de coerência, o primado sobre as

aquele Autor que no que respeita aos princípios enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem que não pertencem ao *ius cogens* (ou não pertencem por enquanto), esses têm valor constitucional, em virtude da recepção formal operada pelo artigo 16.º, n.º 2. O Professor Jorge Miranda alterou o seu pensamento acerca da Declaração Universal, em confronto com o seu Manual de Direito Constitucional (Vol. II, p. 39 e 40), acrescentando, agora, aos limites heterónomos do poder constituinte as normas de *ius cogens* mas continua a não aceitar as opiniões de Afonso Queiró e Paulo Otero²³⁴ que atribuem à Declaração Universal, em globo, valor supraconstitucional. Continua a pensar que, salvo naquilo que é já *ius cogens*, se por hipótese, alguma norma constitucional originária contrariar a Declaração Universal, então isso significará apenas que aí não funcionará a recepção aberta do artigo 16.º, n.º 2. Jorge Miranda entende que há uma recepção formal da Declaração Universal e que esta tem apenas valor constitucional, excepto quanto aos princípios que constituem *ius cogens*. Já Silva Cunha entende que a Declaração não tem força jurídica universal, com carácter vinculativo, é uma mera norma orientadora da interpretação e integração dos preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais²³⁵. Quanto aos princípios referidos no artigo 29.º, n.º 2, da Constituição portuguesa fazem corpo com a lei e como tal não podem ultrapassar os quadros do Direito ordinário²³⁶. Quanto aos restantes princípios de Direito Internacional geral ou comum, diz o Professor Jorge Miranda que hesita entre reconhecer-lhes grau semelhante ao das normas constitucionais ou um grau infraconstitucional, desde que supralegal. Qualquer das soluções lhe parece compatível com uma Constituição de vocação universalista como a nossa e a questão não oferece interesse prático por não ser concebível

próprias Constituições. Ver por exemplo: RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - O Direito Internacional, o Direito Comunitário e a nossa Constituição - Que Rumo? In "Estudos em Comemoração dos 5 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto". Coimbra, 2001, p. 939-963, especialmente p. 954 e ss., e CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 335 e ss..

²³⁴ Pode ver-se em OTERO, Paulo - Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Inconstitucionais. In O Direito. Lisboa: Associação Promotora de "O Direito". Vol. III-IV: (Ano 122.º, 1990), p. 603-619, especialmente p. 604 e 605.

²³⁵ CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional** ..., cit., p. 120.

²³⁶ Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República** ..., cit., p. 108 e ss., também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 155-158 e ss..

um juízo de inconstitucionalidade sobre esses princípios (e a favor da infraconstitucionalidade de normas de Direito Internacional geral - Paulo Otero e Pedro Romano Martinez)²³⁷.

Sistematizando o conteúdo possível deste n.º 1 do artigo 8.º é possível encontrar princípios e normas de Direito Internacional geral ou comum a que correspondem duas posições hierárquicas. No topo da pirâmide normativa, coincidindo com os limites ao poder constituinte, encontrar-se-ão os princípios e normas que possuem valor supra-constitucional. A sua violação pelo legislador, constituinte ou ordinário, dará origem a inconstitucionalidade, considerada nos termos do artigo 282.º da Constituição da República Portuguesa. Os restantes princípios e normas de Direito Internacional geral ou comum não adquirem, por via do artigo 8.º, n.º 1, a natureza de normas constitucionais, embora prevaleçam sobre a lei ordinária pelo que a sua violação por esta redundará numa situação em tudo semelhante à da violação de convenções internacionais pela lei ordinária, isto é, gera ilegalidade ou inconstitucionalidade indirecta²³⁸.

Há quem pergunte que sentido teria afirmar que certas normas ou princípios se impõem a todos os Estados se depois se admite que a Constituição pode infringir tais normas (por exemplo: Azevedo Soares, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros). Jorge Miranda diz que não entende como pode um preceito da Constituição conferir a qualquer norma uma força jurídica superior àquela que possui²³⁹.

Para André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros que sustentam uma corrente das mais progressistas, entre nós, há áreas onde o Direito Internacional impõe a sua própria vigência na ordem interna estadual. É o caso das normas internacionais, comuns ou convencionais, relativas aos crimes internacionais - pirataria, genocídio, tráfico de escravos, crimes contra a paz e a humanidade, etc. -, não se admitindo como causa de justificação a obediência do agente à lei ou à ordem do superior hierárquico. É o caso, ainda, do Direito Internacional dos Direitos do Homem. Enquanto ele é composto por princípios gerais de Direito e por normas do costume internacional geral ou comum apresenta-se como Direito

²³⁷ De acordo com MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 157, pode ver-se também OTERO, Paulo - **A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos: Análise Estrutural e Natureza Jurídica**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988, p. 177.

²³⁸ PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV Revisão ...**, cit., p. 57.

²³⁹ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In **AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora**. Coimbra: Coimbra Editora, (1995), p. 275-301, especialmente p. 284-286. Os autores indicados são citados por Jorge Miranda nos pé-de-página n.ºs 27, 29, 30 e 32. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 158.

imperativo (*ius cogens*) que, como tal, reveste carácter obrigatório para todos os Estados, nalguns casos com expressa invocação da raiz dos Direitos do Homem no Direito Natural²⁴⁰.

André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros sustentam que todo o Direito Internacional geral ou comum é essencialmente *ius cogens*. Estes Autores entendem ainda que o artigo 16.º atribui, implicitamente, grau supraconstitucional ao Direito Internacional dos Direitos do Homem. Mas, a própria Convenção de Viena, nos artigos 53.º e 64.º leva a supor *a contrario* que nem todas as normas de Direito Internacional geral ou comum cabem no *ius cogens*.

Dizem ainda que, deveria ser a própria Constituição a dispor sobre o lugar que o Direito Internacional deve ocupar na hierarquia das fontes e no mesmo artigo 8.º, como acontece por exemplo com as Constituições francesa e grega e com a Lei Fundamental alemã²⁴¹. Mas não o faz e esta crítica estende-se também ao nosso Código Civil que, ao definir o elenco das fontes de Direito, nos seus artigos 1.º a 4.º, não faz qualquer referência ao Direito nascido de fonte internacional.

Para o Professor Moura Ramos, consagrando o n.º 1 do artigo 8.º a supremacia do Direito Internacional Público geral sobre o Direito interno no seu espírito dever-se-á incluir a previsão de todas e quaisquer normas consuetudinárias, incluindo as de âmbito local e regional. Para aquele Autor quanto ao Direito Internacional geral, a Constituição consagra, no entender unânime da doutrina, uma cláusula de recepção plena, que conduz à sua inserção automática na ordem jurídica portuguesa²⁴².

Assim, podemos concluir que quanto ao lugar que o Direito Internacional geral ou comum deve ocupar na hierarquia das fontes do Direito Português a doutrina encontra-se dividida. Para uns, como Albino Soares, Gomes Canotilho e Vital Moreira, ele cede perante a Constituição, é infraconstitucional mas supralegal, para outros, como Mota de Campos e parcialmente Jorge Miranda, ele ocupa um grau supraconstitucional. André Gonçalves Pereira

²⁴⁰ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 90-91.

²⁴¹ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 115 e 116.

²⁴² Ver: RAMOS, Rui Manuel Moura - A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - sua posição face ao ordenamento jurídico português. In RAMOS, Rui Manuel Moura - "Da Comunidade Internacional e do seu Direito - Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais". Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 5-108.

e Fausto de Quadros estão com estes últimos. São três as razões pelas quais entendem que o Direito Internacional geral ou comum prevalece sobre a Constituição. Em primeiro lugar, pela sua própria natureza e pela sua composição, ele é composto por regras consuetudinárias ou pactícias que se impõem a todos os Estados. Ora, dizer-se que o Direito Internacional geral ou comum cede perante as Constituições dos Estados seria negar que ele obrigue todos os Estados, seria ignorar que ele é geral ou comum. O artigo 16.º, n.º 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária como convencional. Em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de Direitos fundamentais, será este que prevalecerá.

Mas, mais especificamente ainda, ao dispor que “os preceitos constitucionais (...) relativos aos Direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, o mesmo artigo, no seu n.º 2, está igualmente a conferir àquela Declaração Universal um nível hierárquico superior ao da Constituição na ordem interna portuguesa. Estão, pois, com Jorge Miranda quando, em face apenas deste artigo 16.º, n.º 2, não hesita em atribuir àquela Declaração Universal prevalência sobre a Constituição²⁴³.

A segunda razão reside no facto de o Direito Internacional geral ou comum ser, essencialmente, Direito Internacional imperativo, ou seja, *ius cogens*. Ora, não se vê como é que uma norma internacional pode ser imperativa para um Estado se não prevalecer sobre todas as suas fontes de Direito interno, inclusive sobre a sua Constituição.

Em terceiro lugar, a nossa Constituição, no artigo 8.º, n.º 1, estabelece: “As normas e princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”, ora, esse resultado só será obtido dando-se prevalência ao Direito Internacional geral ou comum sobre todo o Direito Português, inclusive o de grau constitucional²⁴⁴.

Mas Silva Cunha perfilha uma opinião diferente das anteriores, assim, para este Autor as anteriores opiniões pecam pelo facto de interpretarem o artigo 8.º isoladamente, sem o integrar no contexto global da Constituição, esquecendo o que esta estabelece quanto à independência do Estado e quanto à soberania. Atendendo a que o artigo 204.º da Constituição proíbe a aplicação de normas inconstitucionais e estabelecendo o artigo 277.º, n.º

²⁴³ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 117-118.

²⁴⁴ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 118-119.

1, que são inconstitucionais todas as normas que violem o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, diz aquele Autor que aqueles princípios referidos seriam violados caso se atribuisse às normas internacionais referidas no artigo 8.º valor superior ao das normas originariamente portuguesas.

O Tribunal Constitucional foi chamado para se pronunciar sobre a constitucionalidade do artigo 4.º do decreto-lei n.º 262/83, sobre os juros de mora das letras e que contrariava as regras da Lei Uniforme sobre letras, livranças e cheques, aprovada por Convenção, assinada em Genebra, em 7 de Junho de 1930, e incorporada no Direito português pelo decreto-lei n.º 23.271, de 23 de Março de 1934, na medida em que autorizava que, mediante portaria se fixassem juros de mora superiores a 6%, que era o valor fixado pela Lei Uniforme. Em regra considerou que só poderia haver uma inconstitucionalidade indirecta, porque o Direito Internacional não teria valor constitucional, enquanto que o Supremo Tribunal de Justiça se pronunciou pela validade do decreto-lei²⁴⁵.

Quanto ao Direito Internacional convencional, a doutrina encontra-se também bastante dividida. Assim, Moura Ramos é de opinião que a doutrina portuguesa é unânime ao sublinhar que o nosso Direito Constitucional consagra, no que diz respeito à relevância do ordenamento internacional de natureza convencional no sistema jurídico português, uma cláusula geral de recepção plena condicionada, contudo, à publicação oficial (entendida como simples *conditio iuris*) das normas convencionais²⁴⁶. Já para Jorge Campinos, a referência à regularidade da vinculação internacional do Estado, presente no artigo 8.º, n.º 2, obrigaria a que a incorporação do Direito Internacional convencional fosse vista em termos de transformação implícita²⁴⁷.

Para Jorge Miranda a alusão no artigo 8.º, n.º 2, a convenções “regularmente ratificadas ou aprovadas (...)” tem de ser conjugada com o artigo 277.º n.º 2, a expressão “enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português (...)” significa que a vigência na ordem interna depende da vigência na ordem internacional (esta regra vale para o Direito Internacional comum e para o Direito das organizações internacionais), em contrapartida a não vigência de qualquer tratado na ordem interna por violação dos requisitos constitucionais,

²⁴⁵ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 114-119.

²⁴⁶ Ver: RAMOS, Rui Manuel Moura - A Convenção Europeia ..., cit., p. 5-108.

²⁴⁷ Ver: RAMOS, Rui Manuel Moura - As Relações entre a Ordem Interna e o Direito Internacional e Comunitário. In RAMOS, Rui Manuel Moura - “Da Comunidade Internacional e do seu Direito”. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 265-281, especialmente p. 270 - 273.

não impede a vinculação a esse tratado na ordem internacional²⁴⁸. No Direito português as normas constantes de tratados internacionais posicionam-se numa relação de subordinação perante a Constituição da República Portuguesa. Para além dos argumentos de carácter geral que se possam retirar do princípio da soberania ou da independência nacional, ou do princípio do Estado de Direito (Preâmbulo e artigos 1.º, 2.º e 9.º, alínea a) e b)), bastaria lembrar a sujeição de tais normas à fiscalização da constitucionalidade, se bem que com especialidades significativas (artigos 277.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, 279.º, n.º 4 e 280.º, n.º 3)²⁴⁹. Neste sentido temos: Moura Ramos, Albino Soares, Romano Martinez, Mota de Campos, Gomes Canotilho e Vital Moreira e Maria Luísa Duarte²⁵⁰. Em sentido diverso, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros para quem não só o Direito Internacional convencional geral ou comum (face ao artigo 8.º, n.º 1), mas também o Direito Internacional dos Direitos do Homem (à luz do artigo 16.º) e o Direito Comunitário originário primam sobre a Constituição da República Portuguesa, embora não o demais Direito convencional, ficando, por isso, o Estado Português constituído em responsabilidade internacional enquanto se mantiver o actual sistema de fiscalização da constitucionalidade²⁵¹. Para os Autores suprarreferenciados qualquer dos textos comporta uma única interpretação: a de que todo o Direito Internacional, incluindo todo o Direito Internacional convencional que obriga o Estado, deve prevalecer sobre a respectiva Constituição. Parece poder dizer-se, com segurança, que este entendimento foi acolhido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. De facto esta começa por no artigo 26.º, ao consagrar o princípio da boa fé, como princípio geral de Direito, através de um dos seus mais importantes corolários, o princípio *pacta sunt servanda*, estabelecer que: “todo o tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas executado de boa fé”. Parece que a Convenção quis excluir a subordinação dos tratados aos textos constitucionais dos Estados que neles fossem partes. E essa conclusão mais se reforça se levarmos em consideração o artigo 27.º, da mesma Convenção, que aumenta essa ideia ao estabelecer que “uma parte não pode invocar as

²⁴⁸ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional ..., cit., p. 280. E também MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 158-160.

²⁴⁹ MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional ..., cit., p. 286.

²⁵⁰ MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional ..., cit., p. 286, pé-de-página n.º 33. E RIBEIRO, Rui Álvaro de Figueiredo - La conclusion et la mise en oeuvre des Traités dans l'ordre juridique Portugais. In Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 37/38: (1989), p. 189-203, especialmente p. 198-202. Também CAMPOS, João Mota de - **Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional - A Ordem jurídica - O ordenamento Económico da União Europeia**. 1.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 2000, p. 379-388.

²⁵¹ MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional ..., cit., p. 286, pé-de-página n.º 33.

disposições do seu Direito interno para justificar a não execução de um tratado”. Portanto, parece poder afirmar-se que a Convenção de Viena quis, de facto, dar a todo o Direito Internacional convencional grau supraconstitucional na ordem interna dos Estados onde ele viesse a vigorar ou por ratificação ou como costume internacional. Realmente, não deixa de haver alguma contradição em, por um lado, se admitir que os princípios gerais de Direito interno e internacional prevalecem sobre a Constituição e, por outro lado, não se aceitar a plena vigência de um deles, o princípio *pacta sunt servanda*, que impõe a superioridade de todos os tratados sobre a Constituição. Para aqueles Autores o sistema definido na nossa Constituição aceita esta construção no que toca ao Direito Internacional convencional geral ou comum, isso por força do artigo 8.º, n.º 1, e também quanto ao Direito Internacional convencional particular que versa sobre Direitos do Homem, e neste caso em consequência do artigo 16.º, n.º 1. Chegam a idêntica conclusão no que respeita à Declaração Universal dos Direitos do Homem, por imposição do artigo 16.º, n.º 2, se não se entender que ela cabe no artigo 8.º, n.º 1. Quanto ao demais Direito Internacional convencional particular, aí sim, entendem que ele cede perante a Constituição mas tem valor supralegal, isto é prevalece sobre a lei interna, anterior ou posterior. Ou seja, trata-se da posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega. Os mesmos Autores inclinam-se para essa orientação, por força da redacção actual dos já citados preceitos da Constituição que sujeitam os tratados internacionais à fiscalização da sua constitucionalidade²⁵². Dizem ainda que o sistema de fiscalização da constitucionalidade dos tratados internacionais criado pela nossa Constituição não respeita os artigos 26.º e 27.º da Convenção de Viena. De harmonia com a tese monista com primado do Direito Internacional, que se encontra adoptada pelo artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, o legislador constituinte português está obrigado a conformar o sistema de fiscalização da constitucionalidade com aquelas disposições da Convenção de Viena, estando o Estado português constituído em responsabilidade internacional enquanto a actual situação se mantiver. Parece não restar ao intérprete outra solução que não seja a de atribuir valor infraconstitucional, ainda que supralegal, àqueles tratados. A lei interna, anterior ou posterior, que contrarie, uma convenção internacional, para além de constituir o Estado português em responsabilidade internacional é ineficaz²⁵³. No estágio actual da comunidade internacional, o monismo com primado do Direito Internacional tem que assumir a fórmula

²⁵² Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 119-121.

²⁵³ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 122-124.

moderada de Verdoss e nunca a radical de Kelsen. E, nesses termos, a sanção para a lei interna que viole uma convenção internacional só pode ser a da ineficácia ou da inaplicabilidade. Quer dizer que os tribunais deverão recusar-se a aplicar aquela lei enquanto o tratado em causa vincular Portugal²⁵⁴.

A solução proposta pelo Professor Jorge Miranda é genericamente acolhida, em quase todos os países. Apenas a Constituição holandesa, como já vimos, admite a supremacia dos tratados sobre as normas constitucionais, quando aprovados por maioria de 2/3 do Parlamento - artigo 91.º, n.º 3²⁵⁵. Bastaria também lembrar, no que se refere a um tratado, como o de Maastricht de 1992, a necessidade de se proceder à prévia revisão constitucional para ele poder ser aprovado (tal como noutros países)²⁵⁶. Se este tratado valesse tanto como base de um novo e superior Direito, ele vincularia os Estados e entraria em vigor independentemente disso e depois seriam as normas constitucionais desconformes que teriam de ser tidas como ineficazes ou revogadas²⁵⁷.

Neste sentido escreve Albino Azevedo Soares²⁵⁸ que “A posição relativa das normas de Direito Internacional e de Direito interno só pode ser determinada pelo poder constituinte”. Afirma, também, que o posicionamento do Direito Internacional convencional no sistema das fontes de Direito é infra-constitucional. De facto, se tal Direito se encontra sujeito a controle de constitucionalidade, nos termos dos artigos 277.º, n.º 2, e 278.º, n.º 1, da Lei Fundamental, é porque está hierarquicamente subordinado à Constituição. O artigo 8.º, n.º 2, contém uma cláusula geral de recepção plena do Direito Internacional pactício.

Para Romano Martinez a Constituição Portuguesa defende a supra-legalidade do Direito Internacional geral ou comum, embora infraconstitucional - artigo 8.º, n.º 1 - e o mesmo para o Direito Internacional convencional - artigo 8.º, n.º 2 - mas se uma Convenção

²⁵⁴ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., pé-de-página n.º 1 da p. 123.

²⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 287, pé-de-página n.º 34.

²⁵⁶ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., p. 287, pé-de-página n.º 35.

²⁵⁷ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. 3.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994, p. 195-196, citado pelo mesmo Autor em *As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa*. In *AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, (1995), p. 287, pé-de-página n.º 36. E ainda MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., especialmente p. 158-160.

²⁵⁸ SOARES, Albino de Azevedo - **Lições de Direito Internacional Público**. 4.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 65 e 94 e ss..

contrariar qualquer preceito de Direito interno não o revoga, ficando a sua aplicação suspensa enquanto aquela convenção vincular internacionalmente o Estado Português.

A primazia do Direito Internacional convencional face ao Direito interno parece, assim, recolher o apoio da maioria dos autores. A nível da jurisprudência tem-se sustentado, também, maioritariamente, a posição de que o Direito convencional, ainda que submetido à Constituição, prevalece sobre a lei ordinária, mesmo que esta seja posterior. Não existe controvérsia quando se coloca a questão da posição do Direito convencional face à Constituição, quase todos os autores concordam quanto ao reconhecimento da supremacia constitucional face ao conjunto das regras de Direito Internacional convencional. Esta posição encontra sólidos apoios em certas disposições da Lei Fundamental - artigos 277.º, n.º 2, 278.º, 279.º e 280.º, n.º 3²⁵⁹. No entanto, Silva Cunha, Barbosa de Melo, Vieira de Andrade, Paulo Otero, Gonçalves Pereira²⁶⁰ e Rui Medeiros (este apenas no caso dos acordos em forma simplificada) defendem a tese da paridade entre o Direito interno e o Direito Internacional, nos termos da qual o juiz deve sempre obediência ao Direito interno posterior e não ao Direito Internacional com a responsabilização do Estado no plano internacional e escudam-se na necessária garantia do poder legiferante das instâncias nacionais, embora não tenham obtido grande eco na jurisprudência^{261 262}.

²⁵⁹ Ver: RAMOS, Rui Manuel Moura - L'Intégration du Droit International et Communautaire dans l'Ordre Juridique National, p. 221-265, especialmente p. 243 e também As Relações entre a Ordem interna e o Direito Internacional e Comunitário. In RAMOS, Rui Manuel Moura - "Da Comunidade Internacional e do seu Direito". Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 265-281, especialmente p. 271.

²⁶⁰ Ver: PEREIRA, André Gonçalves - O Direito Internacional na Constituição de 1976. In "Estudos sobre a Constituição". Lisboa: Livraria Petrony, 1977, p. 37-47, naquela altura este Autor levantava a questão mas concluiu que "Terá, porém, particular interesse observar a prática, que se venha a desenvolver, pois caberá aos órgãos de fiscalização da constitucionalidade decidir (...)".

²⁶¹ Ver em RAMOS, Rui Manuel Moura - As Relações entre a Ordem Interna ..., cit., p. 265-281, especialmente p. 272 e MARTINEZ, Pedro Romano - Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. In Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. IV: (1989/1990), p. 163-181.

²⁶² De acordo com André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros "quanto aos tratados internacionais que se integram no Direito Internacional geral ou comum (como tais ou enquanto os seus preceitos já foram absorvidos pelo Direito consuetudinário geral), o juiz português deve conceder-lhes prevalência sobre a Constituição não obstante os artigos 207.º, 277.º, 278.º, n.º 1, e 279.º admitirem a fiscalização da constitucionalidade dos tratados internacionais sem os distinguir (...)". Entendem também que conviria, porém, que em sede de revisão constitucional, o sistema de fiscalização da constitucionalidade fosse harmonizado com a interpretação que resulta dos artigos 8.º, n.º 1, e 16.º, n.º 1, e n.º 2. Ver em PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito** ..., cit., especialmente p. 118 e 119.

Gomes Canotilho diz que a doutrina portuguesa se divide entre duas posições fundamentais. Valor infraconstitucional mas supralegislativo do Direito Internacional convencional e paridade hierárquica entre as normas convencionais internacionais e os actos legislativos. A paridade, ou seja o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (como por exemplo: Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre Direitos civis e políticos e Pacto Internacional sobre Direitos económicos, sociais e culturais)²⁶³. Para aquele Autor e Vital Moreira, a Constituição da República Portuguesa prevalece sobre o Direito Internacional seja comum ou convencional. No entanto, verificadas certas circunstâncias, a Constituição da República Portuguesa consente, excepcionalmente, a aplicação de normas constantes de tratados inconstitucionais sob o ponto de vista orgânico ou formal. Se uma lei viesse a alterar ou revogar na ordem interna as normas de Direito Internacional, este deixaria de vigorar na ordem interna, apesar de continuar a vincular o Estado na ordem externa. Mas este argumento está longe de ser decisivo, visto que aquela disposição pode ser interpretada no sentido de estabelecer uma simples condição necessária de vigência interna do Direito Internacional. A questão não é pacífica na doutrina, mas de acordo com aqueles autores a tese da primazia do Direito Internacional, como princípio geral, parece a mais consentânea com a filosofia constitucional em matéria de relações internacionais e tem a seu favor alguns indícios formais, como por exemplo no artigo 119.º da Constituição, sobre a publicidade dos actos, as convenções surgirem logo após as leis constitucionais. Haverá sempre controvérsia dada a falta de uma norma constitucional a estabelecer expressamente tal preferência²⁶⁴.

No entanto, a Lei do Tribunal Constitucional parece indicar a superioridade do Direito Internacional, ao admitir o recurso para o Tribunal Constitucional de “decisões dos tribunais que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional” (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional - L.O.T.C. - artigo 70.º, n.º 1, alínea i)). Todavia tal norma não é concludente porque o referido recurso é “restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional” implicadas no caso (L.O.T.C. artigo 71.º, n.º 2) o que confere ao Tribunal Constitucional a competência para decidir se, naquele caso, a norma de Direito Internacional em causa

²⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 815.

²⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

prevalece ou não sobre a norma de Direito interno com ele eventualmente desconforme. A questão permanece aberta à doutrina e à jurisprudência. Puder-se-á ainda indagar se a referida primazia sobre o Direito interno vale em termos gerais e absolutos, qualquer que seja a natureza das normas envolvidas, ou se não será de estabelecer qualificações consoante a modalidade de Direito Internacional envolvida e a natureza da norma de Direito interno com ela eventualmente desconforme. Pode afigurar-se pouco consentâneo com o sistema constitucional de fontes que, por exemplo, uma “lei de valor reforçado” tenha de ceder perante um simples acordo em forma simplificada²⁶⁵.

No que diz respeito à jurisprudência sobre esta matéria podemos referir que a 1.^a Secção do Tribunal Constitucional considerou, nos seus Acórdãos n.º 118/85, de 10 de Julho (processo n.º 46/84) e 158/85, de 31 de Julho (processo n.º 66/84) que: “Propendemos para a tese da inconstitucionalidade (*maxime*, material, por violação directa do artigo 8.º, n.º 1), com fundamento de que, nas relações entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna portuguesa, a primazia de uma regra costumeira internacional (Direito Internacional geral) - no caso, *pacta sunt servanda* - sobre a norma interna traduz da parte desta, quando desrespeita a dita regra, uma afronta ao n.º 1 do artigo 8.º (...). Isto porque e para encurtar razões, estando automaticamente recebida no nosso ordenamento jurídico uma regra de Direito Internacional de origem costumeira como é a regra *pacta sunt servanda*, uma derrogação por via de uma norma de Direito interno afecta directamente a norma constitucional da recepção automática (e se não é directamente, é pelo menos indirectamente), constituindo uma verdadeira inconstitucionalidade (*maxime* material).

Tão directamente se assentarmos que as regras costumeiras, como a regra *pacta sunt servanda*, são verdadeiras regras constitucionais da comunidade internacional.

Por força do artigo 8.º, n.º 1, da Constituição, fazem parte integrante do Direito constitucional português os princípios fundamentais em matéria de Direito dos Tratados que são os princípios *pacta sunt servanda* e da boa fé.

(...) Quanto ao artigo 8.º, n.º 2, este preceito consagra uma regra de recepção automática do Direito Internacional convencional, condicionada apenas ao facto de a eficácia interna depender da sua publicação no Diário da República. Como os requisitos constitucionais da ratificação ou aprovação são requisitos de validade do tratado, pode dizer-

²⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República** ..., cit..

se que a ideia do legislador constituinte foi a de aceitar a vigência das normas internacionais como tais e não como normas internas. Daí que essas normas não possam ser alteradas por actos internos e deixem de vigorar na ordem interna quando o tratado, por qualquer motivo, deixar de vincular o Estado.

Pode extrair-se da parte final do n.º 2 do artigo 8.º a plena confirmação da superioridade do Direito Internacional convencional sobre a lei ordinária, não permitindo que a convenção deixe de vigorar internamente por força de um acto normativo estadual. A convenção regularmente ratificada ou aprovada não pode deixar de vigorar na ordem interna enquanto vincular internacionalmente o Estado português.

Assim, as normas de Direito convencional apresentam-se com uma eficácia supralegal, detendo primazia na escala hierárquica sobre o Direito interno anterior e posterior.

(...) Também a doutrina nacional e estrangeira se tem pronunciado, por forma largamente maioritária, no sentido de que a contradição entre uma norma de Direito interno de valor infraconstitucional e uma norma de Direito Internacional geral ou comum ou convencional, resulta inconstitucionalidade (cfr. Ferrer Correia - “Lições de Direito Comercial” Vol. III, 1973, p. 37-38; João de Mota Campos; João de Castro Mendes “Introdução ao Estudo do Direito”, 1976, p. 89; Marcello Caetano “Manual de Direito Administrativo” Vol. I, 10.ª ed., p. 94 e ss.; Albino Azevedo Soares; Gustavo Zagrebelsky; Crisafulli; José Manuel Serrano Alberca)

(...) Desta realidade se terá dado conta Jorge Miranda, na medida em que sustenta a existência de competência do Tribunal Constitucional no conhecimento dessas desconformidades, ainda que, em seu entender, representem ilegalidades e não inconstitucionalidades”.

“(…) O artigo 8.º, n.º 2, da Constituição consagra uma cláusula de recepção geral do Direito Internacional pactício na qual reside o fundamento da vigência na ordem interna do Direito uniforme que foi estabelecido na Convenção de Genebra de 1930.

De harmonia com o Direito consuetudinário geral, os tratados multilaterais valem, em princípio, como um todo incindível, encontrando-se os Estados ratificantes ou aderentes vinculados a tudo quanto neles se dispõe. Todavia a Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1968/69, ao promover a codificação do Direito consuetudinário vigente neste domínio, apurou que a regra geral da indivisibilidade admite excepções.

Esta colisão determinaria ofensa à regra *pacta sunt servanda*, princípio de Direito Internacional geral ou comum, automaticamente introduzido na nossa ordem jurídica interna por força da cláusula geral de recepção plena do artigo 8.º, n.º 1, da Constituição, envolvendo tal ofensa, simultaneamente, violação deste preceito constitucional.

Por outro lado, considerando que a convenção internacional é fonte imediata do nosso ordenamento jurídico e aceite que, na hierarquia das fontes de Direito, ocupa um grau inconstitucional, mas supralegal, determinaria ainda tal colisão inevitável afrontamento do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição.”²⁶⁶.

Também de acordo com o Acórdão da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional n.º 24/85, de 6 de Fevereiro de 1985 (processo n.º 6/84)²⁶⁷, cabe ao Direito estadual situar no quadro hierárquico das estruturas normativas, o Direito Internacional convencional. E, no plano do Direito estadual, só à Constituição, colocada no vértice da pirâmide normativa, e pela sua superioridade hierárquica em relação às demais normas, pertencerá designar o grau normativo do Direito Internacional convencional. De acordo com este Acórdão o artigo 8.º, n.º 2, não comporta apenas uma cláusula geral de recepção plena. Inclui ainda uma outra, esta de sinal contrário, que prefixa os termos em que o Direito Internacional pactício deixa de valer na ordem interna. Isso sucederá, segundo tal cláusula, com a desvinculação internacional do Estado português, a qual pode ter causas bem diversas. Na verdade, se o Direito Internacional convencional, regularmente recebido na ordem interna, só cessa a sua vigência por desobrigação internacionalmente válida do Estado, é porque a lei ordinária não o pode revogar.

Consequentemente, e por força da norma implícita contida no n.º 2 do artigo 8.º da Constituição, o Direito Internacional convencional é situado em plano normativo superior ao da lei ordinária. Esta solução já foi adoptada no Acórdão n.º 62/84 onde se afirmou: “Tem por evidente esta 1.ª secção do Tribunal Constitucional que o poder constituinte de 1976 entendeu consagrar o princípio da primazia do Direito Internacional sobre a lei interna, no artigo 8.º, n.º 2, da Lei Fundamental”. Idêntica doutrina, e sem embargo de uma jurisprudência algo hesitante nesta matéria, foi acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 11 de

²⁶⁶ Acórdãos publicados no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 360, p. 502-515 e p. 722-738 e no Diário da República, II Série, n.º 210, de 12 de Setembro de 1985, p. 8565 e n.º 5, de 7 de Janeiro de 1986, p. 161. Ver também Acórdão do STJ, de 11 de Janeiro de 1977, publicado no B.M.J., n.º 263, de Fevereiro de 1977, p. 195-203, especialmente p. 200.

²⁶⁷ Publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 360.

Janeiro de 1977²⁶⁸, “As nossas Constituições Políticas de 1933 e 1976, nos seus artigos 4.º, §1.º e 8.º, n.º 1, respectivamente, aliás de acordo com a prática das nações civilizadas, proclamam o respeito pelas normas de Direito Internacional. E conforme é de uso, os tratados só podem ser revogados por acordo ou denúncia formal, nos casos em que ela é permitida”. Diz também o Acórdão, que esta linha interpretativa tem sido defendida por parte bem significativa da doutrina portuguesa.

Se o valor infraconstitucional das convenções internacionais resulta da submissão aos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, sendo também possível, embora pouco provável, uma situação de violação por omissão, por incumprimento de um comando constitucional que se traduza na não vinculação do Estado português a uma convenção internacional, interpretando extensivamente a referência feita a medidas legislativas (cfr. artigo 69.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa) já a sua relação com os actos legislativos infraconstitucionais carece de clarificação. Os adeptos de uma paridade hierárquica entre a lei e a convenção defendem esta construção com base na omissão, por parte do texto constitucional, de qualquer referência expressa ao posicionamento hierárquico relativo. Os adeptos da via supralegal das normas convencionais fazem assentar a sua construção no elemento literal que, preenchidos os requisitos, tornaria indisponível, por parte do Direito interno, a vigência das convenções internacionais na ordem jurídica portuguesa ou na sistemática do n.º 1 do artigo 119.º. A defesa da supralegalidade das convenções internacionais parece estar mais de acordo com a matriz e a sistemática constitucionais, que conferem um tratamento de favor às normas de Direito Internacional. Não havendo sistema de transformação dessas normas, a consequência da sua violação, por via de adopção de normas de Direito interno que lhes sejam contrárias, traduz-se numa violação de obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado português. Se o objectivo consiste em obter a desvinculação, o próprio Direito Internacional oferece soluções, não sendo necessário convocar uma sistemática causa de responsabilização internacional²⁶⁹.

²⁶⁸ Ver: Boletim do Ministério da Justiça, n.º 263, p. 195.

²⁶⁹ Ver: PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV Revisão** ..., cit., p. 65-66, também RIDEAU, Joel - *Constitution et Droit International dans les Etats membres des Communautés européennes - Situation dans les Etats membres autres que la France*. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. N.º 3: (1990), p. 425-454, especialmente p. 450 e ss..

Assim, reflectindo sobre todas as opiniões abordadas parece podermos dizer que a Constituição portuguesa dá abertura ao Direito Internacional, no entanto como a sociedade internacional se organiza fundamentalmente a partir dos Estados, compreende-se que as normas internacionais estejam por vezes sujeitas à fiscalização da constitucionalidade e hierarquicamente se encontrem abaixo das normas internas, pelo menos das constitucionais. Isto porque, os Estados continuam a querer ser os donos das decisões e defender a invalidade de normas internas incompatíveis com normas internacionais pressupunha o enquadramento num “Estado federal”, o que ainda não se verifica. Parece que a nossa Constituição procura manter um certo equilíbrio entre as exigências da ordem internacional e o respeito da soberania e independência do Estado português²⁷⁰.

Em síntese, no respeitante ao Direito Internacional geral, em caso de conflito com uma lei interna, a questão é normalmente decidida pelos tribunais no sentido da aceitação expressa ou tácita do Direito Internacional geral, embora com algumas diferenças no que respeita à sua posição hierárquica. Já em relação à aplicabilidade do Direito Internacional convencional, a situação apresenta algumas variantes. Algumas Constituições consagram expressamente a superioridade dos tratados em relação à lei ordinária. Enquanto, por exemplo, o texto constitucional dos Países Baixos aceita claramente a superioridade de certos tratados²⁷¹.

Por outro lado, a própria jurisprudência internacional, ao longo de todo o século passado susteve o postulado de primazia do Direito Internacional. A primazia não se sustenta na Constituição dos Estados-membros, mas sim na natureza e caracteres específicos do próprio Direito Internacional e da sociedade internacional. Todo o Estado, de acordo com aquela jurisprudência, independentemente das normas constitucionais, como membro daquela sociedade está obrigado a respeitar os seus compromissos internacionais. A primazia dos tratados internacionais não tem sido justificada pela jurisdição internacional nas Constituições estatais. O T.P.J.I. na época da Sociedade das Nações e o actual T.I.J. das Nações Unidas têm mantido de forma constante que “o Direito interno não pode prevalecer nem sobre as obrigações de um Estado, segundo o Direito Internacional consuetudinário, nem sobre as suas obrigações, segundo o Direito Internacional convencional” e como consequência “nenhum

²⁷⁰ Neste sentido ver: RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - O Direito Internacional, o Direito Comunitário e a nossa Constituição - Que Rumo? In “Estudos em Comemoração dos 5 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”. Coimbra, 2001, p. 939-963, especialmente p. 962-963.

²⁷¹ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional ..., cit., p. 179.

Estado pode invocar perante outro a sua própria Constituição para se subtrair às obrigações que lhe impõe o Direito Internacional ou os tratados em vigor” (Sentenças de 1923, 1927, 1930, 1932, 1953, e 1988). Os próprios Estados têm corroborado este princípio geral de Direito relativo à não invocabilidade do Direito interno face ao Direito Internacional ligado intimamente ao princípio *pacta sunt servanda* dos artigos 26.º e 27.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969²⁷².

²⁷² DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 196.

PARTE II

DIREITO COMUNITÁRIO E DIREITO INTERNO

Enquadramento da questão

Como resultado do drama vivido pela Europa durante a II Guerra Mundial, os Estados do velho Continente mais directamente envolvidos nesse conflito, tomaram consciência que o modelo “cooperativo” das relações internacionais resultava insuficiente. Da necessidade de superar essa insuficiência e de ir além dos modelos teóricos pré-definidos, surgiu a proposta de uma nova fórmula de relação entre Estados que veio a concretizar-se nas Comunidades Europeias. Primeiro apareceu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.) instituída pelo Tratado de Paris, de 18 de Abril de 1951, logo depois a Comunidade Económica Europeia (C.E.E.) e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom) instituídas pelos Tratados de Roma, de 25 de Março de 1957, firmados entre seis países fundadores (República Federal da Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo) o que pressupôs um marco na história política e jurídica, uma vez que acrescenta algo de novo à tradicional figura da organização internacional²⁷³.

As três Comunidades foram progressivamente unificadas e transformadas através do “Acto Único Europeu” (17/02/1986), pelo Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia (7/02/1992), pelo Tratado de Amesterdão (2/10/1997)²⁷⁴ e pelo Tratado de Nice

²⁷³ Ver: PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española y Comunidad Europea**. 1.ª ed.. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1994, p. 21 e ss.; CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit International Public. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344, especialmente p. 324 e ss..

²⁷⁴ A primeira alteração de fundo dos tratados institutivos das Comunidades Europeias foi levada a cabo pelo Acto Único Europeu em 1986, a esta seguiu-se a revisão operada pelo Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia, o qual entrou em vigor em 1 de Novembro de 1993 e previa no seu artigo N a convocação de uma Conferência de representantes dos Governos dos Estados-membros, a realizar em 1996, para preparar a revisão de algumas das suas disposições. Esta revisão procurou dar seguimento aos passos de aprofundamento da construção europeia traçados pelo Tratado de Maastricht e alcançar esse objectivo num prazo relativamente curto, assim surgiu o Tratado de Amesterdão. Todas estas alterações resultaram dos trabalhos desenvolvidos

(26/02/2001)²⁷⁵. A União Europeia é uma nova entidade resultado do conjunto destas três organizações internacionais, “(...) completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo tratado (...)” de acordo com os artigos 1.º e 2.º do Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia.

O fenómeno integrador empreendido na Europa ocidental após o desastre e a ruína política e económica ocasionada pela II Grande Guerra, gerou um novo poder público e um novo ordenamento jurídico, certamente limitado, mas incondicionado, uma vez que as competências comunitárias ou, em outros termos, exercidas num marco jurídico comunitário, sendo semelhantes, não poderiam ser idênticas àquelas competências a cujo exercício unilateral tiveram os Estados de renunciar ao integrar-se nesta organização supranacional.

A consequência mais imediata foi a afirmação jurisprudencial de que esta ordem específica, incondicionalmente assumida e sem outra reserva para além das excepções e períodos transitórios pactuados, haveria de primar sobre quaisquer outras disposições normativas dos ordenamentos jurídicos nacionais²⁷⁶.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (T.J.C.E.) exclui qualquer medida unilateral posterior, quer tenha a sua origem nos próprios órgãos estatais, quer provenha de iniciativas dos particulares, que contrarie a ordem pública comunitária, sustentando que a Comunidade não pode renunciar ao desenvolvimento e execução uniforme e simultânea das suas disposições, no conjunto dos Estados-membros, com excepção para os regimes diferenciados expressamente previstos ou autorizados. Como consequência seria afastada a regra *lex posterior derogat priori*, na relação norma comunitária - norma nacional. Desencadeou-se, assim, não obstante a inexistência nos tratados comunitários de uma cláusula expressa de primazia do Direito comunitário, um princípio nuclear do sistema comunitário,

pelas Conferências Intergovernamentais, como instâncias de negociação entre os governos dos Estados-membros. Para mais desenvolvimento pode ver-se: FREIRE, Paula Vaz - **Os Novos Passos da Integração Europeia - O tratado de Amesterdão e o tratado de Nice**. Lisboa: Vislis Editores, 2002.

²⁷⁵ O Tratado de Nice entra em vigor no primeiro dia do segundo mês subsequente à entrega do instrumento de ratificação do último Estado-membro a cumprir essa formalidade (está previsto para o ano de 2003 e já todos os Estados-membros o ratificaram), desde que cada Estado signatário tenha procedido à sua ratificação, segundo os procedimentos previstos nas respectivas Constituições. No caso português foi ratificado em 18 de Dezembro de 2001, pelo decreto do Presidente da República n.º 61/2001, publicado no Diário da República n.º 291, de 18/12/2001. Este tratado constituiu a quarta grande revisão dos tratados institutivos das Comunidades Europeias.

²⁷⁶ Ver sentença, do Tribunal de Justiça das Comunidades, *Costa/ENEL*, de 15 de Julho de 1964, processo n.º 6/64. In *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (RJC)*. Vol. X: (1964), p. 1141-1199.

que os ordenamentos constitucionais, pela sua diversa tradição jurídica, pareciam incapazes de assegurar e garantir os efeitos que a norma comunitária exige²⁷⁷.

Tradicionalmente concebemos o mundo do Direito distinguindo entre Direito Internacional e Direito interno. O Direito Comunitário, tendo nascido de um tratado ou vários, isto é, de uma fonte internacional, tem, no entanto, características que o distinguem, que estão consagradas nos tratados. O T.J.C.E. ao longo dos anos foi definindo as características fundamentais desta nova ordem jurídica. Havendo aqui dois princípios básicos: o da aplicabilidade directa e o do primado do Direito Comunitário sobre o Direito dos Estados-membros.

Das normas do Direito Comunitário podem decorrer efeitos jurídicos que se projectam na esfera jurídica dos particulares e não apenas dos Estados-membros. O que o distingue do Direito Internacional Público que normalmente (excepto os tratados *self-executing*) vinculam os Estados que são os seus sujeitos. Decorrendo efeitos jurídicos directamente para os particulares, estes podem fazer valer esses direitos junto das jurisdições competentes. Assim, o juiz nacional tornou-se o juiz normal comum do Direito Comunitário.

As relações entre o Direito Internacional e os diversos Direitos constitucionais, apesar de certas disputas teóricas e diferentes posturas normativas, permanecem bem organizadas e livres de maiores divergências. De certa forma as respostas, que o Direito Constitucional fornece ao modo de convivência com outros Estados, vêm sendo elaboradas desde o início, mesmo do Direito Internacional.

Quanto à relação das ordens jurídicas nacionais com a comunitária, as soluções tradicionais tornam-se insuficientes, exigindo da doutrina e jurisprudência constitucional verdadeiros esforços de hermenêutica para conciliar dispositivos constitucionais com a realidade comunitária²⁷⁸.

Tanto a interpretação como a aplicação do Direito comunitário repartem-se, num medido exercício de equilíbrio institucional, entre os tribunais dos Estados-membros e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. E assim, para que as normas comunitárias

²⁷⁷ LOPEZ-CASTILLO, Antonio - **Constitución e Integración: El Fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en RFA**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 31 e ss..

²⁷⁸ KEGEL, Patrícia Luíza - As Constituições Nacionais e os Limites à Integração Regional. In Temas de Integração. Coimbra: Livraria Almedina. 4.º vol. - 1.º Semestre 1999 - n.º 7: (1999), p. 33-55, especialmente p. 42-43.

sejam plenamente efectivas, os Estados-membros são obrigados a adoptar as medidas necessárias àquele resultado, sejam legislativas, regulamentares ou administrativas²⁷⁹.

Assim, a articulação entre os ordenamentos internos e o comunitário, a aplicação judicial deste último, a incidência deste nas estruturas constitucionais, têm vindo a levantar problemas a que é preciso dar resposta, e são essas as questões que vamos tentar desenvolver nesta II Parte do trabalho.

²⁷⁹ Neste sentido ver também PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 158.

CAPÍTULO I

A adesão à Europa de acordo com as Constituições dos Estados-membros

Os Estados-membros da Comunidade Europeia são quinze, actualmente²⁸⁰, dez deles têm uma forma centralizada de Estado, e constitucionalmente descentralizada os cinco restantes. A diferença mais pronunciada aparece entre Estados nos quais a divisão territorial de poderes (federal ou regional) é acompanhada por uma sociedade nacionalmente homogénea e Estados nos quais a homogeneidade não é característica.

A Constituição é a suprema afirmação do principal poder de um povo sobre ele mesmo (como colectividade) e sobre o território que ocupa. A Constituição organiza os vários ramos de governo, estabelece a balança entre eles e fixa os limites do poder, garantindo um conjunto de direitos fundamentais. Por definição, a integração envolve uma redução da soberania estatal. A extensão desta redução é pré-definida. Pode ser indefinidamente incrementada através de reformas dos tratados fundadores, ou menos informalmente, mediante a interpretação das cláusulas dos tratados, estabelecendo a jurisdição de órgãos da

²⁸⁰ Actualmente existem mais treze países candidatos a membros da União Europeia que pertencem a realidades regionais bastante distintas. É possível separá-los em quatro grupos: Estónia, Letónia e Lituânia - as Repúblicas bálticas do Nordeste europeu; os países da Europa Central - Polónia, Hungria, República Checa, Eslováquia e Eslovénia; os países do Sudeste Europeu - Roménia e Bulgária, e, finalmente, Malta, Chipre e Turquia, que compõem a dimensão Sul do processo de alargamento. Uns iniciaram as negociações de adesão em 1998, outros apenas em 2000, a Turquia fez o pedido oficial de adesão já em 1987, mas ainda não foram abertas as negociações para a mesma. A Hungria e a República Checa figuravam quer entre os primeiros países candidatos à adesão, quer entre aqueles países cujas negociações se encontravam mais avançadas. Em 9 de Outubro de 2002, a Comissão Europeia declarou formalmente que dez dos treze países candidatos poderiam aderir dentro de cerca de 18 meses, ou seja até Maio de 2004, para isso recomendou aos governos dos Quinze que concluíssem, em Dezembro, as negociações de adesão com a Polónia, Hungria, República Checa, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Letónia, Lituânia, Malta e Chipre. Quanto aos restantes, a Bulgária e Roménia esperam aderir em 2007, a Turquia não sabe ainda quando poderá iniciar as negociações de adesão, mas tem pressionado para que tal aconteça antes de 1 de Maio de 2004. Assim, em 12 de Dezembro de 2002 teve início a Cimeira de Copenhaga reunindo os chefes de Estado ou de governo dos Quinze, aos quais se juntaram os líderes dos dez países candidatos a aderir em 2004 e que tentou resolver o problema dos custos do alargamento da União Europeia aos novos membros, a definição daqueles era o último obstáculo que ainda subsistia para a reunificação histórica do continente europeu iniciada, há 13 anos, com a queda do Muro de Berlim. Em 13 de Dezembro de 2002, os respectivos governos chegaram a um acordo histórico em Copenhaga que permitiu àqueles dez países encerrar formalmente um longo processo de preparação para adesão. O tratado de adesão que foi objecto de um acordo político terá de ser juridicamente consolidado, antes de ser assinado em Atenas a 16 de Março de 2003. Os processos de ratificação por todos os países seguirão durante um ano, até à adesão efectiva dos Dez a 1 de Maio de 2004. A Turquia será avaliada em Dezembro de 2004 e poderá iniciar as negociações de adesão se respeitar os necessários critérios políticos, a Roménia e a Bulgária deverão aderir em 2007. O alargamento da União Europeia para o Leste e para o Mediterrâneo constitui a mais importante ampliação desde o início da integração europeia.

Comunidade sobre os Estados-membros. A tendência para incrementar o poder da Comunidade, e conseqüentemente limitar o dos Estados-membros não é uma fase passageira, antes é uma tendência estrutural - uma consequência natural do *telos* do sistema - que o Tratado de Maastricht definiu como a busca de “uma mais e melhor união perfeita”. O processo de integração está fixado numa escala de tempo infinito²⁸¹, sem a pré-definição de técnicas para a determinação e atribuição de competências para a Comunidade. A submissão do Estado à Comunidade requer que o Direito da Comunidade prevaleça sobre o Direito nacional na esfera das responsabilidades da Comunidade. Em cada um dos Estados-membros, a Comunidade é fonte de um novo Direito cujas previsões prevalecem sobre as normas internas. A supremacia deste novo corpo de direito liberta os juízes nacionais, que devem aplicá-lo, do seu dever de absoluta submissão à lei nacional e, com efeito, transforma-os em juízes comunitários²⁸².

Alguns textos constitucionais europeus são o resultado cumulativo de sucessivas reformas dos textos originais esboçados no século XIX ou mais cedo (é o caso da Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Holanda e Suécia). A maioria das Constituições foram promulgadas após a II Grande Guerra, tendo-se verificado, então, rupturas governamentais de intensidade e duração variáveis²⁸³. Um grupo final de textos teve a sua origem no período entre guerras e foram esboçados em concorrência com a criação ou re-criação dos correspondentes Estados (inclui-se aqui os casos da Áustria, Finlândia e Irlanda).

Os textos “reformados” muitas vezes contêm alguns traços estruturais dos originais na preservação da monarquia ou no uso das fórmulas tradicionais. Mas pode ser virtualmente impossível estabelecer distinções claras, baseadas no conteúdo constitucional, entre as Constituições anteriores e os textos novos. Por exemplo, a Constituição espanhola é uma nova Constituição, mas é também monárquica. O Rei de Espanha na coroação disse: “a minha aspiração é ser rei da República Espanhola” - um sentimento que acolhe a realidade de que as monarquias europeias não são mais do que repúblicas com coroas. Os Estados-membros das

²⁸¹ Ver artigo 312.º do Tratado das Comunidades Europeias (anterior artigo 240.º do T.C.E.E.).

²⁸² RUBIO LLORENT, Francisco - *Constitutionalism in the “integrated” states of Europe*. Edição Harvard Law School - The Jean Monnet Chair, 1998 [citado em 9/02/99]. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/jean_monnet/papers/98/98-5-.html.

²⁸³ Prolongadas e sérias rupturas ocorreram na Alemanha, Espanha, Grécia, Itália e Portugal. Em França a ruptura trazida pelo regime de Vichy foi curta e concluiu-se com a Constituição de 1946, um novo e claro interregno ocorreu em 1958 quando as circunstâncias políticas ligadas à revolta armada na Argélia conduziram à substituição da Constituição de 1946.

Comunidades Europeias têm o parlamentarismo como forma de governo. Em nenhum dos quinze Estados o Presidente da República pode designar o Governo sem o suporte implícito ou expresso do Parlamento - nem mesmo naqueles sistemas com um forte Chefe de Estado como a Finlândia, Irlanda, Portugal e sobretudo a França. Em alguns casos (Alemanha, Espanha), o Chefe de Estado não pode fazer mais do que propor candidatos ao Parlamento e então aprova o resultado. Na Suécia, todo o processo ocorre no interior do Parlamento sem nem sequer uma intervenção formal do Rei. A racionalização do parlamentarismo não é produto das normas constitucionais, antes resulta do domínio da vida política pelos partidos políticos que, segundo Leibholz²⁸⁴, transformam a democracia representativa naquilo a que chamamos democracia plebiscitária e que é conhecida como “Estado de Partidos”. Sete das quinze Constituições contêm referências explícitas aos partidos políticos, mas só as Constituições de Portugal e da Suécia incluem regras que podem ser vistas como sinais de uma gradual progressão próxima a introduzir os partidos políticos no direito público²⁸⁵.

Diz Joel Rideau que a referência directa à construção europeia não existe em algumas Constituições (Luxemburgo, Itália, Grécia, Holanda), enquanto que os outros Estados-membros introduziram disposições específicas quando da sua ligação a essa construção, ou posteriormente.

A evolução da construção europeia levou a maior parte dos Estados-membros a tomarem consciência das implicações da sua participação na sua ordem jurídica interna e na sua organização constitucional e a procurar os meios de lhe fazer face mediante revisões, ou pela interpretação jurisprudencial ou pelo recurso a normas infra-constitucionais.

A criação das Comunidades Europeias suscitou, de um modo geral, interrogações mais ou menos vivas, nos seis Estados-membros originários, sobre a constitucionalidade da ratificação dos tratados institutivos, em virtude das transferências de competência operadas e pelas limitações de soberania que eles implicavam.

Interrogava-se, de maneira mais geral, a adequação das Constituições dos seis Estados-membros originários à sua participação nestas organizações internacionais, de um tipo novo, marcadas com o selo da supranacionalidade.

²⁸⁴ Ver: **Das Wesen de Repraesentation**, 1929. Ou em DE GRUYTER, W. (editor) - **Die Repraesentation in der Demokratie**, 1973.

²⁸⁵ RUBIO LLORENT, Francisco - Constitutionalism in the “integrated” states of Europe, cit., p. 1-2.

As diferenças entre as situações nacionais e as exigências da ordem jurídica comunitária foram postas em evidência pela jurisprudência comunitária nos anos 60, mas não foram, de um modo geral, reduzidas pelas revisões constitucionais.

O Acto Único Europeu, que entrou em vigor em 1 de Julho de 1987, reergueu algumas questões a propósito da ordem constitucional de certos Estados-membros.

O Tratado sobre a União Europeia suscitou uma mais importante adequação das Constituições e provocou, muitas vezes, vivas resistências quando do processo de ratificação levado a cabo em cada Estado-membro, em virtude, por um lado, das disposições relativas à participação dos cidadãos da União Europeia nas eleições do Parlamento Europeu e nas eleições locais e, por outro lado, das novas transferências de competências, sobretudo em matéria de política monetária.

Os alargamentos das Comunidades Europeias conduziram os novos Estados a interrogarem-se, antes da sua adesão às Comunidades Europeias e, após 1993, à União Europeia, sobre a adequação do seu sistema constitucional às exigências e às consequências da pertença à Comunidade e depois à União e às Comunidades Europeias. Eles foram, muitas vezes, conduzidos a preparar a sua adesão mediante revisões constitucionais ou a proceder a revisões, no momento da sua adesão, sem que este passo tenha sido sistemático.

Os Estados-membros deverão, assim, estabelecer as bases das transferências de competências para as instituições europeias, assegurar o funcionamento das disposições relativas ao direito de voto e à elegibilidade dos cidadãos da União Europeia, definir as modalidades segundo as quais serão nomeados os membros das instituições e órgãos europeus ou elaboradas as proposições necessárias para a sua nomeação pelas instâncias europeias, precisar os meios pelos quais serão elaboradas as posições nacionais, organizar as condições de funcionamento das normas europeias e, mais genericamente, o funcionamento do Direito comunitário.

Os tratados institutivos das Comunidades Europeias implicam transferências de competências para as instituições comunitárias que importam limitações de soberania aos Estados-membros que muitas vezes poderão ser consideradas como inconstitucionais. As revisões sucessivas dos tratados acrescentaram às competências comunitárias originárias novas competências, estendendo as competências transferidas, renovando a questão das bases jurídicas destas transferências, de maneira a evitar eventuais contestações, sobretudo pelo controle de constitucionalidade particularmente desenvolvido em certos Estados-membros.

Os Estados-membros recorreram a diferentes modalidades que podem ser agrupadas em três categorias diferentes: utilização de disposições constitucionais gerais, a inserção de disposições novas e a ausência de qualquer disposição.

Em certos Estados, os constituintes inseriram na Constituição, antes da criação das Comunidades Europeias ou antes da sua adesão às Comunidades ou à União, disposições constitucionais, permitindo transferências de competências para as organizações internacionais. Algumas destas cláusulas, não obstante a sua formulação geral, estavam entretanto ligadas directamente a uma futura participação na construção europeia ou foram adoptadas após a aquisição da qualidade de Estado-membro para justificar as transferências operadas anteriormente e preparar outras.

Entretanto, cláusulas específicas foram inseridas nas diferentes Constituições, na altura da ratificação dos tratados de adesão às Comunidades e à União Europeia e foram feitas revisões dos tratados de base. A construção europeia é expressamente visada por essas disposições que aparecem como derrogações particulares à regra constitucional e são inspiradas pela pertença à União e às Comunidades Europeias.

1. República Federal da Alemanha

Na Alemanha, o artigo 24.º, n.º 1.º, da Lei Fundamental de 1949, reconhece à Federação a possibilidade de “transferir direitos de soberania a instituições internacionais por via legislativa”. O n.º 2.º diz: “A federação poderá incorporar-se para a defesa da paz, num sistema de segurança colectiva recíproca, admitindo as restrições dos seus direitos soberanos que promovam e assegurem uma ordem pacífica e duradoura na Europa e entre os povos do mundo (...)”. O Tribunal Constitucional estabeleceu, entretanto, uma reserva de constitucionalidade, fundada sobre o respeito dos princípios constitucionais fundamentais sobre os quais está estabelecida a República federal (respeito pelos direitos fundamentais, carácter federal, democrático e social do Estado, separação de poderes, Estado de direito), podendo conduzir a pôr em causa os eventuais excessos da construção europeia, através do exercício do controle da constitucionalidade. A situação evoluiu, posteriormente, na altura da ratificação do tratado sobre a União Europeia, a revisão constitucional operada, a inserção do

novo artigo 23.º, dito artigo Europa, na Lei Fundamental, e a definição dos caracteres da União Europeia por este artigo aparecem como uma consolidação da reserva de constitucionalidade definida pelo Tribunal Constitucional.

Assim, hoje em dia, pode afirmar-se que na Constituição alemã coexiste uma cláusula específica a par de uma cláusula geral a qual foi introduzida em 1992, por ocasião da ratificação do tratado sobre a União Europeia. A inserção do artigo 23.º teve por fim regular um certo número de questões ligadas à participação deste Estado na União Europeia e, em particular, estabelecer uma base constitucional mais sólida para a ratificação do Tratado de Maastricht, isto porque o artigo 24.º, n.º 1.º, foi considerado insuficiente para cobrir a transferência de novas competências para a União Europeia atendendo, sobretudo, às perspectivas abertas pela passagem à 3.ª fase da união monetária. De acordo com este entendimento, o n.º 1.º do artigo 23.º da Lei Fundamental permite transferências de soberania para a União Europeia e para as Comunidades Europeias, precisando os princípios sobre os quais esta se funda e que ela deve respeitar. O não respeito pela União desses princípios poderá servir de fundamento à impugnação dos actos das instituições europeias pelo Tribunal Constitucional e poderá igualmente impedir novos avanços da União, que não sejam cobertos pelo artigo 23.º, n.º 1.º, tornando assim necessárias novas revisões. Assim o artigo diz: “1. Para a realização de uma Europa unida a República Federal da Alemanha concorre para o desenvolvimento da União Europeia subordinada ao respeito da democracia e do Estado de direito, dos princípios sociais e federativos assim como ao princípio da subsidiariedade, e garantindo uma protecção dos direitos fundamentais substancialmente comparável àquela da presente Lei Fundamental. Para este efeito, a Federação pode transferir direitos de soberania com consentimento do Conselho Federal. Para a fundamentação da União Europeia, bem como para as modificações dos seus tratados básicos e regulamentações análogas, em virtude dos quais se modifique ou adite o conteúdo da presente Lei Fundamental (...) observar-se-á o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 79.º” (este artigo 79.º diz que a Lei Fundamental só pode ser modificada por meio de outra que expressamente altere o seu teor literal ou o complemento, essa lei deve recolher a aprovação de 2/3 dos membros da Dieta Federal e 2/3 dos votos do Conselho Federal, correspondendo às regras da maioria qualificada do poder constituinte derivado, o que deverá permitir evitar o recurso sistemático a revisões formais).

Ao artigo 23.º acresce uma disposição especial relativa à transferência de poderes do *Bundesbank* para o Banco Central Europeu. O artigo 88.º compreende, com efeito, após a

revisão de 1992, a seguinte frase que prolonga de alguma forma o artigo 23.º: “As suas funções e competências podem ser transferidas, no âmbito da União Europeia, para o Banco Central Europeu, que será independente e cujo objectivo principal será manter a estabilidade dos preços.”²⁸⁶.

A reforma alemã acrescentou uma autorização específica, para a cessão de poderes soberanos em favor da União. À habilitação genérica já contida no artigo 24.º, aditou a possibilidade de as leis de autorização, necessárias para as sucessivas reformas dos tratados, poderem modificar a Constituição, se observarem o processo adequado para o facto, e inclusive dispensa-as da condição que para essas leis impõe o n.º 1 do artigo 79.º (isto é, a exigência de que a reforma seja expressa). A extraordinária importância destas reformas deu lugar a uma extensíssima série de análises das quais salientamos que a inclusão no novo artigo 23.º da Constituição alemã dos “princípios essenciais” da União Europeia, imitada em Portugal (o artigo 7.º, n.º 6, introduzido em 1992 menciona, expressamente, o princípio da subsidiariedade e precisa que a transferência dos poderes necessários para a construção europeia se faz com a finalidade de “realizar a coesão económica e social”) e, de certo modo, também na Suécia (o Instrumento de Governo - Cap. X, artigo 5.º - condiciona a cessão de “poderes decisórios” em favor da Comunidade, à garantia por parte desta de uma protecção dos direitos humanos equivalente à que oferece a própria Constituição sueca) é a manifestação mais destacada da “nacionalização” do direito europeu²⁸⁷.

²⁸⁶ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne. In MIRANDA, Jorge (org.) - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 717-798, especialmente p. 717-733 e também MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1995, p. 539; RUBIO LLORENT, Francisco - Constitutionalism in the “integrated” states of Europe, cit., p. 1-2; SOUSA, António Francisco - **Comunidades Europeias: Organização, Funcionamento, Regime Jurídico**. 2ª ed.. Lisboa: E. D., 1987, p. 26 e ss..

²⁸⁷ E, Francisco - Constituicion Europea O Reforma Constitucional? In MIRANDA, Jorge - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 695-717, especialmente p. 701-705; RUBIO LLORENT, Francisco - Constitutionalism in the “integrated” states of Europe, cit.; e DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 2001, p. 207.

2. França

Em França, a Constituição de 1958 não comportava nenhuma cláusula relativa às transferências de competências. O Preâmbulo da Constituição de 1946 (ao qual se refere o preâmbulo da Constituição de 1958) limita-se a indicar, de maneira geral e sem qualquer referência europeia, a possibilidade de consentir, sob reserva de reciprocidade, as limitações de soberania necessárias à organização e à defesa da paz. Esta cláusula foi interpretada pelo Conselho Constitucional, segundo uma jurisprudência evolutiva, como autorizando as transferências de competências para Comunidades Europeias e depois à União e às Comunidades Europeias. No estado actual da sua jurisprudência, o Conselho admite estas transferências de competências, sob reserva de que elas não estejam em contradição com uma disposição constitucional e que não atinjam nem as condições essenciais de exercício da soberania nacional, nem a protecção dos direitos fundamentais. A conclusão de tratados ou de acordos, comportando a transferência de competências, faz-se segundo o procedimento ordinário regido pelos artigos 52.º e 53.º da Constituição, com a possibilidade (prevista pelo artigo 11.º) de substituir a autorização referendária de ratificação pela autorização parlamentar, como foi o caso do Tratado de Maastricht que suscitou, entretanto, o aditamento à Constituição de disposições destinadas a cobrir as incompatibilidades relevadas pelo Conselho Constitucional.

O novo artigo 88.º-1 da Constituição francesa utiliza uma fórmula nova “exercício em comum de certas competências”, que ilude a contraposição entre limitações (admissíveis) e transferências (inadmissíveis) utilizada durante algum tempo pelo Conselho Constitucional francês, que foi abandonada por este na sua decisão sobre o T.U.E. (Tratado da União Europeia) - decisão n.º 92-308²⁸⁸, que reflecte bem a realidade e que talvez ponha fim a inúteis controvérsias doutrinárias (especificamente a francesa, que se cita no texto, que se opôs a quem entendia que o objecto da transferência era só o exercício das competências e aqueles que afirmavam que se transferia a sua titularidade), mas que não contribui para resolver os problemas que essa realidade coloca. Diferentemente da reforma alemã, a francesa não

²⁸⁸ A revisão constitucional portuguesa de 1992 (Lei Constitucional n.º 1/92, de 25 de Novembro) utiliza esta mesma fórmula.

“constitucionaliza” os princípios próprios da União Europeia nem incorpora habilitação alguma para sucessivas cessões de soberania, sendo que, ajustando-se à doutrina do Conselho Constitucional na citada decisão, incorpora dois novos preceitos - artigos 88.º-2 e 88.º-3 - que autorizam a cessão daquelas competências concretas que, segundo essa decisão “afectam as condições essenciais de exercício da soberania”. A decisão n.º 92-308 considera, em resumo, que a habilitação genérica contida no Preâmbulo de 1946 é suficiente para acordar, em condições de reciprocidade, transferências de competências, mas que essas transferências, que em nenhum caso devem pôr em questão o princípio da soberania nacional ou o respeito pelos Direitos do Homem, requerem a prévia reforma constitucional quando os tratados que as acordam contêm estipulações contrárias à Constituição ou às condições essenciais do exercício da soberania.

Em França verifica-se também a coexistência de uma cláusula específica com uma cláusula geral, mas a cláusula específica inscrita no novo título relativo às Comunidades Europeias e à União Europeia que foi introduzida na Constituição, pela via de uma revisão parlamentar, é puramente circunstancial. O artigo 88.º-2, rompendo com a técnica tradicional de redacção abstracta das Constituições francesas, visa as disposições do tratado que o Conselho Constitucional declarou incompatíveis com a Constituição, porque atentavam contra as condições essenciais de exercício da soberania nacional, na sua decisão de 9 de Abril de 1992. Este artigo teve por finalidade cobrir esta incompatibilidade e não poderia ser utilizado para justificar outras transferências procedentes de tratados posteriores. Para além disso, a não conclusão do processo de ratificação do tratado sobre a União Europeia ou o seu não funcionamento tornariam esta disposição caduca na medida em que ela se refere expressamente a este tratado: “Sob condição de reciprocidade e de acordo com o procedimento previsto pelo Tratado da União Europeia, assinado em 7 de Fevereiro em 1992, a França consente nas transferências de competências necessárias ao estabelecimento da União económica e monetária europeia, assim como à determinação das regras relativas à travessia das fronteiras exteriores dos Estados-membros da Comunidade Europeia”.

A decisão n.º 93-3255 DC (de 12-13 de Agosto de 1993, *Maîtrise de l’immigration*)²⁸⁹ relevando a inconstitucionalidade de certas disposições da lei que coloca em funcionamento a Convenção de *Schengen*, anteriormente declarada compatível com a Constituição pelo Conselho Constitucional, tornou necessária a revisão da Constituição. Esta

²⁸⁹ In *Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (RJC)* - I, p. 539.

revisão tomou a forma de inserção de uma disposição, artigo 53.º-1, autorizando a República a concluir, com os Estados europeus que estão ligados por compromissos idênticos aos seus, em matéria de asilo e de protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, acordos determinando as suas competências respectivas para a análise dos pedidos de asilo que lhes são apresentados (revisão de 25 de Novembro de 1993). O texto reserva, entretanto, a possibilidade de acordar o direito de asilo mesmo que o pedido não entre nas competências das autoridades da República em virtude desses acordos. O novo título XIV (artigos 88.º-1 a 88.º-4), acrescentado pela revisão de 1992, liga-se às Comunidades Europeias e à União Europeia e pretendeu, especificamente, permitir a ratificação dos “Acordos de Maastricht”, mas o seu objecto é mais amplo. Tem, por um lado, uma dimensão retrospectiva, pois consagra o conjunto da construção comunitária anterior à Constituição de 1958. Por outro, permite o desenvolvimento da dinâmica interna que comportam esses acordos ²⁹⁰.

3. Itália

Em Itália, o artigo 11.º da Constituição de 1948 autoriza “(...) em condições de igualdade com os outros Estados as limitações de soberania necessárias para uma ordem que assegure a paz e a justiça entre as Nações (...)”. Este artigo, concebido para outros fins, foi interpretado pelo Tribunal Constitucional italiano como autorizando as transferências de competências operadas em benefício das Comunidades pela simples aprovação de uma lei ordinária para a ratificação e execução do tratado. A Itália ratificou, sem dificuldades, o Acto Único Europeu e o Tratado sobre a União Europeia.

Uma proposta de revisão do artigo 11.º foi examinada pelo Parlamento, na altura da ratificação do Tratado sobre a União Europeia, mas as críticas dirigidas contra a falta de revisão não pareceram decisivas e a ideia foi abandonada²⁹¹.

²⁹⁰ Ver: COMBACAU, Jean et SUR, Serge - **Droit International Public**. Paris: Editions Montchrestien, E. J. A., 1995, p. 187.

²⁹¹ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne, cit., p. 717-729.

4. Bélgica

Na Bélgica não existia qualquer disposição constitucional quando da ratificação dos tratados institutivos das três Comunidades Europeias. Estes tratados foram ratificados como tratados ordinários. Só em 1970 (revisão de 20 de Julho) é que foi introduzido na Constituição um artigo 25.º *bis* relativo à transferência de competências. O artigo 34.º da nova Constituição de 1994 (25.º *bis* da Constituição anterior) dispõe: “O exercício de determinados poderes pode ser atribuído por um tratado ou pela lei a instituições de Direito Internacional público.”. Este artigo derogou o anterior artigo 25.º (33.º actual) nos termos do qual “todos os poderes emanam da Nação. Eles são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição.”. O novo artigo deve ser considerado como tendo justificado *a posteriori* a ratificação dos tratados institutivos das Comunidades Europeias e serviu de base à ratificação do Acto Único Europeu e do tratado sobre a União Europeia, pela Bélgica.

5. Luxemburgo

No Luxemburgo, desde a revisão de 1956, a Constituição prevê, no artigo 49.º *bis*, que “O exercício de atribuições reservadas pela Constituição aos poderes legislativo, executivo e judicial pode ser temporariamente devolvido por tratado a instituições de Direito Internacional”, nos termos do parágrafo 2.º do artigo 37.º “os tratados visados no capítulo III, secção 4.ª, artigo 49.º *bis*, serão aprovados mediante uma lei aprovada nas condições do artigo 114.º, apartado 5.º.”, isto é, de acordo com as maiorias requeridas para o procedimento de revisão: 3/4 dos membros da Câmara presentes e 2/3 dos sufrágios. O controle será preventivo e toma a forma de um controle político exercido pelo Parlamento.

6. Holanda

Na Holanda, o artigo 91.º da Constituição determina as condições segundo as quais os tratados são ratificados. O n.º 3.º precisa que “Se um tratado contiver disposições contrárias à Constituição ou podendo conduzir a conflitos com ela, as Câmaras só poderão outorgar a ratificação com o consentimento de 2/3 pelo menos, do total de votos emitidos”. O artigo 92.º autoriza a atribuição de poderes legislativos, executivos e judiciais a instituições internacionais, em aplicação de um tratado cuja adopção será submetida, em caso de necessidade, ao respeito pelas disposições do artigo 91.º, n.º 3.º. Portanto, seguindo o exemplo alemão, o Primeiro-ministro holandês comprometeu-se a organizar uma consulta ao Parlamento antes da passagem à 3.ª fase da união monetária²⁹². Entretanto, o artigo 93.º dispõe que “as decisões de organizações de Direito Internacional que em virtude do seu conteúdo obriguem directamente os indivíduos não terão força vinculante enquanto não tiverem sido publicadas”. O artigo 94.º estabelece “Não serão aplicáveis as normas legais vigentes no reino quando a aplicação das mesmas não seja compatível com estipulações de tratados e decisões de organizações de Direito Internacional que obriguem directamente os indivíduos”. Este artigo prevê uma base constitucional para o efeito directo e primazia do direito derivado. Por último, o artigo 95.º dispõe: “A lei estabelecerá as normas de publicação dos tratados e decisões de organizações de Direito Internacional”²⁹³.

7. Dinamarca

Na Dinamarca, o artigo 20.º, n.º 1.º da Constituição, introduzido por uma revisão de 1953, dispõe que “As atribuições de que estão investidas as autoridades do Reino (...) poderão

²⁹² Ver: RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne*, cit., p. 717-729.

²⁹³ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - *Derecho Internacional* ..., cit., p. 540. E também RUBIO LLORENT, Francisco - *Constitutionalism in the “integrated” states of Europe*, cit., p. 1-2.

ser delegadas por uma lei, e nos termos em que ela disponha, a determinadas autoridades internacionais criadas em virtude de uma convenção resultante de acordo recíproco com outros Estados com vista a promover a cooperação internacional e a ordem jurídica internacional”. O Acto Único Europeu, tal como o acto de adesão, foi submetido a referendo, desta vez de natureza consultiva, o recurso ao artigo 20.º foi considerado inútil. Quanto ao Tratado da União Europeia teve de ser submetido a um segundo referendo em 1993, após o referendo negativo de 1992. A organização deste segundo referendo foi condicionada pelo funcionamento prévio e delicado de um estatuto derogatório, subtraindo a Dinamarca à aplicação de certas disposições do tratado e ao qual veio a juntar-se a cláusula do *opting out* em matéria monetária, que figura num Protocolo que se segue ao tratado.

8. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte

No Reino Unido, na falta de disposições constitucionais escritas, o *European Communities Act*, adoptado em 1972, que permitiu a adesão deste país às Comunidades Europeias, avalizou, implicitamente, as transferências de competências operadas em benefício das Comunidades e adaptou as soluções tradicionais para responder às exigências da aplicação do Direito comunitário. A ratificação do Acto Único Europeu foi igualmente acompanhada da aprovação de uma emenda ao *European Communities Act*. Para o Tratado sobre a União Europeia, o Parlamento adoptou uma nova emenda no fim de um longo e delicado procedimento parlamentar.

O *European Communities Amendment Bill*, de 1992, refere-se a uma intervenção do Parlamento para uma eventual passagem à 3.ª fase da união monetária²⁹⁴.

²⁹⁴ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne, cit., p. 729-740, e também MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 538-540.

9. Irlanda

A Irlanda reviu a sua Constituição por referendo, quando da sua adesão às Comunidades Europeias e considerou necessário proceder assim em cada etapa importante de evolução da construção europeia. A cláusula irlandesa é específica e evolutiva.

No momento da adesão, um referendo que foi precedido de um voto parlamentar introduziu no artigo 29.º, n.º 4.º, da Constituição, uma secção 3.ª autorizando o Estado a tornar-se membro das Comunidades Europeias. O Direito Comunitário e o Direito nacional de aplicação foram assim, voluntariamente, excluídos do controle da constitucionalidade que se pode exercer sobre os tratados.

A mesma coisa foi feita para o Acto Único Europeu. Um referendo interveio para inserir na secção 3.ª do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição uma disposição segundo a qual “o Estado está autorizado a ratificar o Acto Único Europeu assinado pelos Estados-membros da Comunidade” e estender a este Acto, e aos textos de aplicação do mesmo, a imunidade precedentemente estabelecida pelos tratados institutivos pelo Direito comunitário derivado e pelos actos nacionais de aplicação²⁹⁵.

O mesmo procedimento foi seguido, em 1992, para o Tratado da União Europeia.

A revisão operada pelo referendo introduziu no n.º 4, do mesmo artigo, as secções 4.ª e 5.ª que são inteiramente novas: “4.º O Estado pode ratificar o Tratado da União Europeia assinado em Maastricht, em 7 de Fevereiro de 1992, e pode tornar-se membro dessa União. 5.º Nenhuma disposição da presente Constituição invalida as leis promulgadas, os actos adoptados ou as medidas adoptadas pelo Estado e que se tenham tornado necessárias pelas obrigações decorrentes da adesão à União Europeia ou às Comunidades nem impede que as leis promulgadas, os actos ou as medidas adoptadas pela União Europeia ou pelas Comunidades ou pelas suas instituições, ou pelos órgãos competentes em virtude das matérias, tenham força de lei no Estado”²⁹⁶.

²⁹⁵ Texto resultante do chamado décimo aditamento de 1987 (tenth Amendment), pelo qual se autorizou precisamente, ao Estado irlandês, ratificar o Acto Único Europeu de 1986.

²⁹⁶ Texto inserido pelo undécimo Aditamento de 1992 (eleventh Amendment).

Assim, a secção 4.^a do texto permitiu a ratificação pela Irlanda do Tratado da União Europeia, a secção 5.^a veio a atribuir força de lei aos actos ou medidas adoptados pelas Comunidades²⁹⁷.

10. Grécia

Na Grécia, os constituintes encararam a sua futura adesão às Comunidades Europeias no momento da redacção da nova Constituição de 1975 e inseriram no artigo 28.º dois números: “2. Com o fim de servir um interesse nacional importante e de promover a cooperação com outros Estados, é possível atribuir, por meio de tratado ou de acordo internacional, competências previstas pela Constituição aos órgãos de organizações internacionais, se bem que se requeira para a ratificação do tratado ou do acordo uma lei aprovada pela maioria de 3/5 do número total de deputados. 3. A Grécia procede livremente, mediante uma lei aprovada pela maioria do número total de deputados, a restrições do exercício da soberania nacional, na medida em que esta restrição seja imposta por um interesse nacional importante, não lese os direitos do homem nem os fundamentos do regime democrático e sejam efectuadas sobre a base do princípio da igualdade e sob a condição de reciprocidade”. Uma transferência de competências implica, com efeito, necessariamente uma limitação de soberania²⁹⁸. Estas competências previstas pela Constituição, transferíveis para órgãos de organizações internacionais, podem compreender, logicamente, as legislativas²⁹⁹.

O artigo 28.º serviu de base jurídica global da adesão da Grécia à Comunidade Europeia e, de maneira mais indirecta, à ratificação do Acto Único Europeu, sem que esteja claramente estabelecido se no quadro do n.º 2 ou do n.º 3. Encontra-se a mesma incerteza

²⁹⁷ No que diz respeito ao Tratado de Nice, como já referimos, previa ser ratificado pelos quinze Estados-membros antes do final de 2002, a Irlanda é o único Estado da União Europeia onde tal ratificação pressupõe um referendo, o qual se realizou pela primeira vez em Junho de 2001 e os irlandeses votaram “não” por 54%, num escrutínio marcado por uma fraca adesão. Assim, o Governo irlandês efectuou novo referendo, em 19 de Outubro de 2002, e obtiveram o “sim” por uma percentagem de 60%, o que veio permitir completar a ratificação do referido tratado pelos diferentes Estados-membros.

²⁹⁸ Ver: RIDEAU, Joel - *L'Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne*, cit., p. 717-735.

²⁹⁹ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 4.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 301.

sobre a base jurídica utilizada pelo projecto de lei, tendente a autorizar a ratificação do Tratado sobre a União Europeia, que foi adoptado, em 1992, pela Câmara dos Deputados.

11. Espanha

Em Espanha, a Constituição de 1978 foi redigida na perspectiva de uma futura adesão às Comunidades. O artigo 93.º da Constituição prevê que: “Mediante lei orgânica poderá autorizar-se a conclusão de tratados atribuindo a uma organização ou a uma instituição internacional o exercício de competências derivadas da Constituição. Cabe às Cortes Gerais ou ao Governo, segundo os casos, garantir a execução destes tratados e das resoluções que emanam das organizações internacionais ou supranacionais que beneficiam desta transferência de competências.”. Estas leis, devem, em virtude do artigo 81.º, n.º 2, ser adoptadas pela maioria absoluta dos membros do Congresso de Deputados (com base no artigo 93.º aprovou-se, mediante as Leis Orgânicas n.ºs 10/85 e 4/86, a ratificação pelo Estado espanhol do Acto Único Europeu e igualmente a autorização da ratificação do Tratado da União Europeia de 7/2/92, pela Lei Orgânica de 28/12/1992). Uma parte da doutrina sustenta que este texto permitia, implicitamente, adoptar disposições modificando a aplicação da Constituição, segundo um procedimento diferente do previsto pelo Título X para a revisão e igualmente adoptar disposições que afectem os Estatutos das Regiões Autónomas, cuja revisão está submetida, normalmente, a um referendo prévio³⁰⁰. No entanto, uma vez que a competência para rever a Constituição não pode ser considerada uma competência derivada da mesma, o artigo 93.º da Constituição espanhola não constitui uma via para modificar ou rever a Constituição, via que seja alternativa aos procedimentos previstos pelo título X da própria Constituição. Assim, para modificar o artigo 13.º, n.º 2, da Constituição espanhola que era incompatível com o artigo 8.º-B, hoje artigo 19.º do T.C.E. (Tratado da Comunidade Europeia), as Cortes basearam-se no artigo 167.º da Constituição³⁰¹.

³⁰⁰ Ver: RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne*, cit., especialmente p. 717-735 e também DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 198 e ss..

³⁰¹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., especialmente p. 566.

Por outro lado, certa jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol deixou claro que a utilização do artigo 93.º para a recepção em Espanha do Direito Comunitário não o converte num parâmetro autónomo de constitucionalidade, pelo que, os problemas que coloque a sua aplicação não podem ser considerados problemas de constitucionalidade ou de validade mas só de eficácia, e por isso não deverão ser resolvidos pelo Tribunal Constitucional, que não terá assim de recorrer por sua vez ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, segundo o artigo 234.º do T.C.E.³⁰². Na sentença do Tribunal Constitucional n.º 64/91 de 22/3, publicada no boletim oficial espanhol de 24/4/1991, este estabeleceu a doutrina de que não cabe formular recurso quanto a normas ou actos das instituições da Comunidade mas sim, só contra disposições, actos jurídicos ou simples acto de facto dos poderes públicos internos. Na medida em que se impugne um acto do poder público, que tendo sido ditado em execução do Direito Comunitário lesione um direito fundamental, o conhecimento de tal pretensão corresponde à jurisdição constitucional. Segundo essa jurisprudência aos órgãos judiciais internos e ao Tribunal das Comunidades corresponde-lhes pronunciar-se sobre as contradições entre Direito interno e Direito Comunitário e, como tal, neste caso sobre a não aplicação do primeiro. Explicitamente, contudo, o Tribunal Constitucional não afirmou ainda a completa primazia da Constituição no caso de conflito entre Direito Constitucional espanhol e Direito Comunitário³⁰³.

Diz Pérez Royo que o princípio da “soberania da Constituição” não se alterou com o ingresso de Espanha nas Comunidades Europeias e pela posterior formação da União Europeia, como teve oportunidade de afirmar o Tribunal Constitucional desde a sua sentença n.º 28/1991. O Direito Comunitário é “Direito infraconstitucional”, que não é “cânone de constitucionalidade do Direito interno” e não pode fazer-se valer como se fosse Direito Constitucional espanhol.

A finalidade do artigo 93.º era a de possibilitar, sem necessidade de rever a Constituição, o processo de incorporação de Espanha nas Comunidades Europeias. Esta disposição constitucional tinha precedente no Direito comparado europeu - artigo 24.º da Lei Fundamental de *Bonn*. Na realidade, no dito artigo 93.º o constituinte limita-se a habilitar o

³⁰² Ver Sentenças do Tribunal Constitucional n.º 28/91 de 14/2, in Boletim Oficial de Espanha (B.O.E), de 15/3/1991 e n.º 181/93 de 31/5/1993.

³⁰³ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 566, e também RUBIO LLORENT, Francisco - Constitutionalism in the “integrated” states of Europe, cit., p. 1-2.

legislador orgânico para que possa limitar materialmente a soberania do Estado espanhol, mediante a transferência do exercício de determinadas competências derivadas da Constituição a uma organização supranacional. Habilitação que, no momento em que se fizesse uso dela para incorporar a Espanha nas Comunidades Europeias, acabaria, entre outras coisas, com o monopólio estatal da produção de normas jurídicas. A incorporação de Espanha nas Comunidades Europeias supunha a transformação da tradicional capacidade exclusiva e excluyente do Estado, numa capacidade normativa compartilhada com uma organização supranacional, que criaria Direito imediatamente vinculante para o Estado espanhol sem necessidade de nenhuma mediação posterior. Juridicamente é esta a grande novidade das Comunidades Europeias.

Esta habilitação pressupõe a integração de Espanha numa instância supranacional na qual se cria um Direito distinto já que o direito produzido pelas Comunidades Europeias não é nem direito estatal nem Direito Internacional, mas sim um direito supra-estatal, que é em certa medida direito “interno” para os países que integram a União Europeia, como deixou dito o Tribunal Constitucional na STC n.º 165/94: “(...) quando Espanha actua no âmbito das Comunidades Europeias fá-lo numa estrutura jurídica que é muito distinta da tradicional das relações internacionais. O desenvolvimento do processo de integração europeia tem vindo a criar uma ordem jurídica, a comunitária, que para o conjunto dos Estados componentes das Comunidades Europeias pode considerar-se para certos efeitos como direito ‘interno’”. O artigo 93.º da Constituição contém uma habilitação exclusivamente formal que pode não ser fundamento constitucional suficiente, numa perspectiva material, para que o Direito Comunitário possa incorporar-se no ordenamento espanhol como direito “interno”³⁰⁴.

O artigo 93.º foi interpretado por parte da doutrina espanhola como uma auto-ruptura constitucional, na medida em que entendia que possibilitava a criação de direito a uma instância alheia que não entende de Constituição, que se limita a produzir normas imediatamente aplicáveis a todos os cidadãos dos Estados-membros à margem do que disponha a Constituição de cada país. O Direito Comunitário subverteria, desta maneira, o fundamento de todo o sistema de fontes, característico do Estado constitucional democrático, que como sabemos arranca da afirmação da Constituição como norma jurídica superior e de unificação de todo o ordenamento jurídico. O artigo 93.º permitiria, portanto, o nascimento de

³⁰⁴ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**. 5.ª ed.. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1998, p. 826 e 828-829 e também DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 198 e ss..

direito anticonstitucional sem que o dito direito exigisse uma revisão do texto constitucional, nos termos previstos no Título X da Constituição. Esta posição não foi exclusivamente doutrinal, mas também foi a posição adoptada pelo Conselho de Estado (Decisões n.ºs 850/1991 e 412/1992) e pelo próprio Governo perante o Tribunal Constitucional (DTC de 1 de Julho de 1992) no debate suscitado sobre a necessidade de reformar ou não a Constituição antes da ratificação do Tratado de Maastricht. Com efeito, na sentença do Tribunal Constitucional n.º 28/91³⁰⁵, o Tribunal Constitucional definiu o alcance do artigo 93.º através de três notas distintivas: 1.ª o artigo 93.º é o fundamento constitucional último da vinculação de Espanha ao Direito Comunitário; 2.ª ele não permite esquecer que o preceito constitucional de índole orgânico procedimental se limita a regular o modo de celebração de uma determinada classe de tratados internacionais; 3.ª o artigo 93.º não dota as normas de Direito Comunitário de valor e força constitucional.

O artigo 93.º é um preceito exclusivamente formal mediante o qual se possibilita o exercício, por uma organização supranacional, de uma competência derivada da Constituição tão importante como é a criação de Direito. Mas não diz nada a respeito do conteúdo desse Direito, do seu valor e da sua compatibilidade ou não com a Constituição.

Esta doutrina da STC n.º 28/91 seria confirmada e aprofundada na decisão de 1 de Julho de 1992. O Tribunal Constitucional descartou a interpretação do artigo 93.º proposta pelo Conselho de Estado e pelo Governo e afirma de maneira peremptória o seguinte: “Em virtude do artigo 93.º as Cortes Gerais podem (...) ceder ou atribuir o exercício de competências derivadas da Constituição, não dispor da Constituição ela mesma, contrariando ou permitindo contrariar as suas determinações, pois, nem o poder de revisão constitucional é uma competência cujo exercício seja susceptível de cessão, nem a própria Constituição admite ser reformada por outra via que não seja a do seu Título X, isto é, através dos procedimentos e com as garantias aí estabelecidos e mediante a modificação expressa do seu próprio texto. Esta é a conclusão que impõe o disposto no artigo 95.º, n.º 1, (...) que pela sua generalidade é de aplicação a todo o tipo de tratados, incluídos os subscritos ao abrigo do artigo 93.º”. Constituição não há mais do que uma. Tanto antes da adesão às Comunidades Europeias como após. E não há mais Direito de natureza constitucional do que aquele que está contido na Constituição. O resto do Direito, tanto o interno como o comunitário, é “Direito infraconstitucional” (STC n.ºs 28/91 e 45/96) ou em todo o caso “não constitucional” (STC

³⁰⁵ Ver sentença do Tribunal Constitucional n.º 28/91 de 14/2, in B.O.E., de 15/3/1991.

n.º 180/93), que não pode pôr-se nunca em pé de igualdade com o Direito Constitucional. Nesta premissa tem assente toda a jurisprudência ditada pelo Tribunal Constitucional, ao longo da última década. Este é o princípio director das relações entre o Direito Comunitário e o Direito interno³⁰⁶.

Contudo, uma parte da doutrina espanhola, que encontrou eco na posição do Conselho de Estado, vai ao ponto de manter que o tratado de adesão (e as subsequentes revisões) podem emendar a Constituição. Esta doutrina foi rejeitada pelo Tribunal Constitucional, na sua declaração de 1 de Julho de 1992³⁰⁷.

12. Portugal

Portugal foi membro fundador da Organização Europeia de Cooperação Económica (O.E.C.E.) constituída, em Abril de 1948, para administrar a ajuda americana concedida pelo plano Marshall, tendo mais tarde aderido ao acordo que criou, no quadro desta organização, a União Europeia de Pagamentos, depois substituída pelo Acordo Monetário Europeu. Em 1960, foi co-fundador da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (O.C.D.E.). Em 4 de Janeiro de 1960, foi assinada a Convenção de Estocolmo que criou a Associação Europeia de Comércio Livre (E.F.T.A.), a qual pretendia apenas instituir um sistema de trocas comerciais livres, a que Portugal aderiu. Dadas as disparidades de desenvolvimento económico existentes entre Portugal e os restantes membros da E.F.T.A., este foi o único a obter um estatuto especial, o desmantelamento alfandegário mais vantajoso (20 anos) que o concedido aos restantes Estados. Portugal podia proteger as indústrias nascentes, assegurando o desenvolvimento de novas indústrias em condições competitivas³⁰⁸. A 22 de Julho de 1972, foram assinados dois acordos comerciais um com a C.E.E., e outro com a C.E.C.A. e respectivos Estados-membros, os quais entraram em vigor em 1 de Janeiro

³⁰⁶ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional** ..., cit., p. 830-832 e também DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 205 e ss..

³⁰⁷ RUBIO LLORENT, Francisco - Constitutionalism in the "integrated" states of Europe, cit..

³⁰⁸ De acordo com o Anexo G, à referida Convenção, que prevê disposições especiais para Portugal, relativas aos direitos de importação e às restrições quantitativas à exportação, o qual está previsto no artigo 38.º da mesma.

de 1973. O objectivo era o estabelecimento progressivo de uma zona de comércio livre limitada aos produtos industriais, entre Portugal e as duas Comunidades. Entretanto, naquela altura, Portugal não preenchia as condições necessárias para participar, nem no Conselho da Europa nem nas Comunidades Europeias, de acordo com os requisitos de adesão que se encontram hoje estipulados nos artigos 6.º e 49.º do Tratado da União Europeia (anteriores artigos F. e L. do Tratado da Comunidade Económica Europeia - T.C.E.E.).

Após a Revolução de 1974, embora se tenha esboçado de imediato uma aproximação tanto a uma como às outras organizações, as dificuldades sociais e económicas surgidas e a luta pelo poder também logo desencadeada desviaram a atenção dos cidadãos e dos sucessivos Governos provisórios para outros problemas. A entrada nas Comunidades justificar-se-ia não só por razões económicas e sociais mas sobretudo por razões políticas: ela seria uma garantia acrescida contra qualquer retorno antidemocrático.

A aprovação da Constituição, em 2 de Abril de 1976, pôs fim às incertezas acerca do destino do país e permitiu que alguns meses depois se pedisse a adesão ao Conselho da Europa e às Comunidades Europeias. Em 28 de Março de 1977, Portugal apresentou o seu pedido de adesão às Comunidades. Antes dessa data, a 20 de Setembro de 1976, foram assinados, em Bruxelas, o Protocolo Financeiro e o Protocolo Adicional ao Acordo de 1972. Em 19 de Dezembro de 1979, foi assinado um novo Protocolo complementar dos Acordos de 1972. Em 1978, Portugal ingressaria no Conselho da Europa, ao mesmo tempo que ratificava a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e que aceitava a jurisdição da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Em 6 de Julho de 1978, o Conselho de Ministros das Comunidades Europeias pronunciava-se a favor da adesão, após parecer favorável da Comissão Europeia, de 19 de Maio de 1978, e de uma reflexão de conjunto sobre o problema do alargamento. As negociações de adesão de Portugal às Comunidades iniciaram-se no Luxemburgo a 17 de Outubro de 1978, tendo sido concluídas em Março de 1985. Os tratados de adesão de Portugal foram aprovados pela Assembleia da República em 10 de Julho de 1985, tendo sido publicados no Diário da República de 18 de Setembro de 1985. Em 1 de Janeiro de 1986, Portugal tornava-se membro das Comunidades³⁰⁹.

³⁰⁹ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 554 e ss.; pode também ver-se: MIRANDA, Jorge - O Direito Constitucional Português da Integração Europeia - Alguns Aspectos. In “Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976”. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 15-63, especialmente p. 27 e ss..

O texto originário da Constituição não fazia qualquer referência à Europa e às Comunidades. Em face de determinadas normas da organização económica não faltaram vozes a sustentar a incompatibilidade entre a Constituição e o Tratado de Roma.

Mas, por um lado, a Constituição económica previa um regime económico de transição do capitalismo para o socialismo, coexistindo elementos do regime económico capitalista com elementos do regime económico socialista, por outro lado, o Tratado de Roma não deve ser lido como puro texto liberal à século XIX, esquecendo-se, por exemplo, a política agrícola e a política regional nele previstas ou por ele propiciadas. Quanto à “independência nacional”, ela não deve identificar-se com “soberania” numa acepção jurídico-formal, deve antes ser tomada como capacidade de prossecução de interesses nacionais, o que não exclui formas de integração internacional, observados os indispensáveis requisitos de igualdade.

A 1.^a revisão constitucional, efectuada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, eliminou todas as normas que poderiam, eventualmente, suscitar obstáculos à integração e, sobretudo³¹⁰, acrescentou ao artigo 8.º da Constituição um n.º 3, nos termos do qual “as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações nas quais Portugal participa integram-se directamente na ordem interna desde que tal efeito esteja previsto expressamente nos tratados constitutivos”. O n.º 3 do artigo 8.º foi interpretado como autorizando transferências de poderes a organizações internacionais, na medida em que ele se refere às consequências que podem decorrer de uma tal transferência, mas foi pensado em função da C.E.E., foi inserido na Constituição na perspectiva de uma adesão portuguesa às Comunidades Europeias. É através deste n.º 3 que se declara a vigência automática na ordem jurídica portuguesa do Direito Comunitário, sem interposição ou transformação legislativa e sem necessidade de ratificação, aprovação ou aceitação por parte dos órgãos do Estado português. A palavra “expressamente” foi suprimida do texto do n.º 3, pela 2.^a revisão constitucional, efectuada pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, para evitar que de algum modo se viesse a pôr em causa o efeito directo das directivas que não está previsto nos tratados institutivos mas resulta da jurisprudência comunitária. A ratificação do Tratado da União Europeia suscitou a introdução de uma disposição específica³¹¹.

³¹⁰ Ver: MIRANDA, Jorge - O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa. In “A União Europeia na Encruzilhada”. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 45-62, especialmente p. 45-47.

³¹¹ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne, cit., p. 717-736; MIRANDA, Jorge - O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa, cit., p. 47 e RAMOS,

Em segundo lugar, aquela revisão aditou ao artigo 7.º, um n.º 5, pelo qual Portugal se empenha “no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da acção dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos”. Em terceiro lugar, constitucionalizou o Parlamento Europeu, a assembleia representativa electiva das Comunidades, que passou a estar previsto no âmbito de duas normas sobre matérias eleitorais, o artigo 136.º, alínea b), e o artigo 139.º, n.º 3, alínea c), ambos da Constituição portuguesa. Terá sido a primeira vez que um órgão próprio de uma organização internacional adquiriu relevância no interior de uma Constituição estadual. A assinatura em 7 de Fevereiro de 1992, em Maastricht, de um tratado instituindo uma União Europeia conduziu a uma 3.ª revisão da Constituição (Lei Constitucional n.º 1/92, de 25 de Novembro) paralela à operada noutros países comunitários, com relevo para a França e Alemanha, e afectando poucos artigos³¹².

Diz Joel Rideau que a Constituição portuguesa também combina a existência de uma cláusula específica com uma cláusula geral, pelo que entra nesta parte da classificação das cláusulas, autorizando as transferências, após a revisão operada por ocasião da ratificação, em 1992, do Tratado da União Europeia, na medida em que se admite que o n.º 3 do artigo 8.º é uma base constitucional indirecta da transferência de competências a organizações internacionais.

Até a revisão operada em 1992, por ocasião da ratificação do Tratado da União Europeia, a Constituição portuguesa não se referia, expressamente, à Europa para a transferência de competências não obstante a introdução do artigo 8.º, n.º 3, em 1982, e a sua modificação em 1989 terem sido inspiradas pela vontade de adesão e posteriormente pertença às Comunidades Europeias.

Um novo número 6 foi aditado, em 1992, ao artigo 7.º tendo em conta a amplitude das novas disposições contidas no Tratado da União Europeia e a sua incompatibilidade com a Constituição. A base jurídica das transferências, até aí indirecta, sob a forma de uma

Rui Manuel Moura - The Adaptation of Portuguese Constitutional Order to Community Law. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. LXXVI: (2000), p. 1-12, também publicado em - The Adaptation of Portuguese Constitutional Order to Community Law. In KELLERMANN, Alfred E.; ZWAAN, Jaap W. de; CZUCZAI, Jen - “EU Enlargement - The Constitutional Impact at EU and National Level”. The Hague - The Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2001, p. 131-141.

³¹² Ver: MIRANDA, Jorge - O Tratado de Maastricht ..., cit., p. 47-48.

referência pelo artigo 8.º aos efeitos de competências transferidas, encontra-se consolidada por esta disposição. Invoca-se também a reformulação do artigo 105.º (actual artigo 112.º) e o aditamento de um novo n.º 9 ao artigo 115.º (actual artigo 112.º) da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.)³¹³.

Para Gomes Canotilho, este n.º 6 do artigo 7.º consagra a abertura constitucional para a “construção da União Europeia”. Mediante a autorização para o exercício em comum de alguns poderes soberanos, estabelece-se o fundamento jurídico-constitucional para a participação de Portugal na União Europeia. Através deste “exercício em comum” de poderes soberanos, Portugal passou a aceitar a sua “integração” numa comunidade supranacional, daí resultando, desde logo, duas consequências jurídico-constitucionais de particular relevância: a soberania exclusiva dos órgãos do poder político, no âmbito de validade e eficácia da Constituição portuguesa, sofre as restrições resultantes da “partilha de poderes”, a abertura da ordem jurídica portuguesa ao Direito Comunitário, resultante da integração europeia, implica a validade e a aplicação directa do Direito Comunitário na ordem interna.

O artigo 7.º, n.º 6, da C.R.P., estabelece também princípios e restrições que hão-de pautar as relações entre a União Europeia e Portugal. Desde logo, o princípio da limitação de competências da organização supranacional em que Portugal se integra. A União Europeia não é um “Estado” soberano dotado de competências e poderes globais, mas sim uma comunidade de Estados dotada das competências que os Estados-membros, através de tratados internacionais, lhe vão atribuindo³¹⁴.

Diz também Gomes Canotilho que uma das ideias centrais da Constituição de 1976 foi a de afastar decididamente a arrogância do “orgulhosamente sós” e de consagrar o princípio da abertura internacional. Este princípio, a que alguns autores chamam princípio internacionalista, está fundamentalmente plasmado no artigo 7.º da Constituição, referente às relações internacionais. A abertura internacional transporta várias dimensões. Significa, em primeiro lugar, a inclusão do Estado português na sociedade internacional, aceitando as dimensões fácticas e jurídicas da interdependência internacional. A abertura internacional

³¹³ Actualmente, de acordo com a numeração dada pela Lei Constitucional n.º 1/97, o artigo 105.º é o artigo 102.º da Constituição tendo também sido alterada a sua redacção, assim como o artigo 115.º corresponde ao actual artigo 112.º, uma vez que aquele foi também renumerado e alterado na sua redacção pela mesma Lei Constitucional. Entre outros ver: RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne*, cit., p. 717-736.

³¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 365.

pressuporá, indissoluvelmente, a abertura da Constituição que deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo, assente num poder estatal soberano, para aceitar os quadros reguladores da sociedade internacional; em segundo lugar significa a afirmação do Direito Internacional como direito do próprio país e o reconhecimento de alguns dos seus princípios ou regras como medida de justiça, vinculativa da própria ordem jurídica interna, a consideração de alguns princípios e regras de Direito Internacional como medidas de justiça justifica também o apelo ao princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem, tal como se encontram consagrados nos tratados de Direito Internacional; em terceiro lugar a abertura internacional aponta para a indispensabilidade de os poderes públicos constitucionalmente competentes terem participação activa na solução dos problemas internacionais; em quarto lugar, justificará a adopção do princípio do tratamento do nacional em relação a estrangeiros e uma política de asilo solidariamente responsável.

A ordem internacional e a ordem constitucional interna interactivamente abertas são ordens fundadas nos direitos humanos e nos direitos dos povos. A ordem internacional e a ordem constitucional interna são ordens de paz e de solução pacífica dos conflitos, o que justifica o estabelecimento de um sistema de segurança colectiva e a criação de tribunais internacionais³¹⁵.

A expressa constitucionalização do “conceito-ideia” de União Europeia aponta, juntamente com outras disposições constitucionais (cfr. artigos 5.º, n.º 5, 8.º, n.º 3, e 15.º, n.º 5), para a abertura dos “Estados-nações soberanos” a um novo tipo político-organizatório: a “associação aberta de Estados nacionais abertos”³¹⁶. Continua a pôr-se o problema da subsistência do conceito de soberania, mesmo entendido de forma ampla e nada rígida, em face dos novos passos dados ou previstos por Maastricht. Daí que se possa colocar a questão de saber se as alterações da Constituição, para permitir a ratificação do tratado, se situam ainda no domínio do poder de revisão ou se não envolvem já o exercício de um verdadeiro poder constituinte. Daí que, em contrapartida, também já alguns autores tenham sugerido que o tratado representaria uma primeira manifestação de um poder constituinte europeu. São diversos os modos e os ritmos possíveis de prossecução das metas estabelecidas e, mesmo no tocante aos modos de inserção dos Estados na União, há uma relativa margem de flexibilidade.

³¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 367 e ss..

³¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Sendo correcto este prisma, torna-se plausível encarar as modificações constitucionais levadas a cabo em vários países europeus por causa de Maastricht - na Irlanda, em França, em Espanha, em Portugal - como enquadráveis ainda, embora no limite, no âmbito de um poder de revisão.

De resto, acrescente-se, o consenso quanto à necessidade de se fazerem alterações constitucionais antes da ratificação do tratado envolve o reconhecimento do primado das Constituições. Se o tratado valesse como base de um novo e superior Direito, ele vincularia os Estados e entraria em vigor independentemente disso, e, depois, seriam as normas constitucionais desconformes que seriam tidas por ineficazes ou revogadas, ora isso não se verificou³¹⁷.

13. Suécia

Na Suécia, a adesão foi preparada pela ratificação prévia do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (E.E.E.)³¹⁸ que serviu de certa forma de modelo de ensaio.

Uma disposição da Constituição de 1974 (que já existia na Constituição anterior) previa a possibilidade de transferir o direito de decisão para um organismo com limitações que deveriam ser reforçadas por revisão posterior. Esta disposição foi inspirada pela perspectiva de uma eventual adesão à União Europeia. Quando se efectivou a orientação para a adesão, esta cláusula pareceu insuficiente, optou-se pela introdução de uma disposição mais flexível do que o texto geral anterior e onde a referência expressa à construção europeia implicasse que a Suécia podia tornar-se membro das Comunidades Europeias.

O artigo 5.º do capítulo décimo da Constituição, preceito consideravelmente modificado pela Lei 1994: 1.375, que, em primeiro lugar, introduziu *ex novo* um primeiro

³¹⁷ Ver: MIRANDA, Jorge - O Tratado de Maastricht ..., cit., p. 50-52.

³¹⁸ Acordo celebrado pelo Tratado do Porto no Palácio da Bolsa, em Abril de 1992, sobre a criação do Espaço Económico Europeu (E.E.E.), no sentido de um conjunto de relações de cooperação a estabelecer entre a Comunidade (C.E.E.) e a E.F.T.A., o que não se confunde com uma extensão da Comunidade (a Suíça não chegou a ratificá-lo), entrou em vigor em 1994. Já em Abril de 1984 fora adoptada pela Declaração de Luxemburgo uma declaração conjunta, um compromisso de reforçar a cooperação entre os agora 19 países. Com a desagregação da E.F.T.A. permanece em relação à Noruega, Islândia e Liechtenstein.

parágrafo dedicado especificamente às Comunidades Europeias e, em segundo lugar, intercalou um novo parágrafo 3.º, tem a seguinte redacção: “O Parlamento pode ceder o seu direito de decisão às Comunidades Europeias desde que elas garantam os direitos e liberdades de uma maneira equivalente à estipulada na presente Constituição e na Convenção Europeia de protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. O Parlamento decide uma tal cessão de poderes por uma maioria de 3/4 dos votos expressos. A decisão do Parlamento pode, igualmente, ser tomada por via do procedimento válido para o estabelecimento de uma lei fundamental” (este último procedimento implica que a decisão seja votada duas vezes seguidas pelo Parlamento com um intervalo das eleições legislativas). O texto refere-se, expressamente, às Comunidades Europeias e não à União Europeia, na medida em que o legislador constituinte considerou que é no quadro comunitário que os poderes transferidos devem ser exercidos.

14. Áustria

Na Áustria, o artigo 9.º, n.º 2.º, da Constituição (inserido em 1981), que prevê que as competências específicas podem ser transferidas para as organizações internacionais e para as suas instituições, não foi considerado como uma base apropriada para adesão, na medida em que o artigo só visa as competências federais e as competências dos *Länder* estão também em causa.

A Constituição austríaca impõe o recurso obrigatório a um referendo no caso de modificação total ou fundamental da Constituição (artigo 44.º, n.º 3.º). A ratificação do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu deu também lugar a um referendo, em Junho de 1994.

A Lei Constitucional federal austríaca, relativa à adesão, autoriza os órgãos competentes a concluir o tratado, relembrando a necessidade de uma autorização das duas assembleias com a presença pelo menos da maioria dos membros e por uma maioria de 2/3 dos mesmos.

15. Finlândia

Na Finlândia, os textos constitucionais não prevêm a possibilidade de transferência de competências para organizações internacionais. Tais transferências são geralmente consideradas como inconstitucionais. O Direito Constitucional finlandês permite adoptar revisões derogatórias, ele autoriza a incorporação de tratados contrários à Constituição mediante um procedimento especial mais simples do que aquele utilizado para estas revisões, com o voto por uma maioria de 2/3, o que implica uma maioria de coligação (artigo 69.º, § 1.º, do Acto relativo ao Parlamento, a autorização de ratificação não necessita mais do que uma maioria simples). Esta situação explica que a autorização de ratificar o acto de adesão tenha tomado a forma de uma lei aprovada pela maioria simples, enquanto que a lei de incorporação teve de ser adoptada pela maioria de 2/3, na medida em que ela foi considerada como contrária às disposições constitucionais relativas à soberania e à repartição de poderes. A adesão, de qualquer forma, foi acompanhada de uma revisão que diz respeito, essencialmente, às condições de elaboração das posições nacionais.

16. Algumas conclusões

O direito das Comunidades Europeias (desde os tratados que as instituíram, e que alguns autores designam como constituições, até aos actos normativos, judiciais e executivos) pressupõe uma limitação da competência das autoridades nacionais a favor de órgãos comunitários. Qual o fundamento ou autorização constitucional para esta limitação de soberania, conducente a uma partilha ou transferência de funções soberanas dos órgãos estaduais para os órgãos das organizações supranacionais? Em algumas constituições, como já analisámos, o problema encontra solução na Constituição, por exemplo no artigo 24.º, n.º 1, da Constituição alemã e no artigo 11.º, da Constituição italiana³¹⁹.

³¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 724, não existindo correspondência na 5.ª edição desta obra, de 2002.

O processo de integração que se apoiava, inicialmente, em cláusulas genéricas que habilitavam o Estado para acordar, em condições de reciprocidade, limitações de soberania com o fim de assegurar a paz e a justiça na ordem internacional (é a fórmula que recolhem tanto a Constituição francesa de 1946, no Preâmbulo, como a italiana no seu artigo 11.º) ou para transferir para instituições internacionais direitos de soberania (Constituição alemã, artigo 24.º), ou competências legislativas, executivas e judiciais (Constituição holandesa, artigo 67.º a que corresponde o artigo 92.º do texto de 1983; Constituição luxemburguesa, artigo 49.º *bis*, no qual se precisa que a transferência se fará por tempo determinado, é obra da reforma de 1956), ou poderes determinados (Constituição belga, artigo 34.º que reproduz, literalmente o artigo 25.º *bis* do texto anterior que tinha sido acrescentado pela reforma constitucional de Dezembro de 1970, depois, portanto, da criação das Comunidades, como parte de uma reforma mais extensa que nesta matéria jamais se verificou). Esta técnica da habilitação genérica com fórmulas variadas foi utilizada, também, por Estados que se incorporaram posteriormente na Comunidade. Assim, a Áustria (artigo 9.º, n.º 2, introduzido pela Lei Constitucional de 1 de Julho de 1981. A precisão de que as competências transferíveis eram as federais, incorporada no texto do preceito por uma emenda, tornou impossível fundamentar nele a adesão da Áustria à Comunidade, para a qual se seguiu o procedimento previsto, para reformas totais da Constituição, no seu artigo 44.º, n.º 3), Dinamarca (artigo 20.º que autoriza a delegação de poderes derivados da Constituição), Espanha (artigo 93.º, que permite atribuir a organizações ou instituições internacionais o exercício de competências derivadas da Constituição) e a Grécia que, com raro eclectismo, permite tanto reconhecer a “órgãos de organizações internacionais” competências previstas na Constituição (artigo 28.º, n.º 2), assim como aceitar restrições ou limitações da soberania. Tanto o reconhecimento de competências como as limitações de soberania têm de fazer-se “para servir um interesse nacional importante”. As limitações estão, além do mais, condicionadas pelo respeito dos direitos humanos³²⁰ e os fundamentos do regime democrático

³²⁰ Desde a sua formação que as instituições das Comunidades Europeias se propuseram respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos. Em 4 de Novembro de 1950 foi assinada a Convenção Europeia de salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, alterada em 1963, 1966, 1985 e 1996, em diversas ocasiões a Comunidade aderiu a tratados internacionais de tutela dos direitos do homem, o Tratado da União Europeia refere-se-lhes expressamente no artigo 6.º. Depois do repto no Conselho Europeu de Colónia, em Junho de 1999, surge a esperada Carta Europeia de Direitos Fundamentais que foi aprovada em Convenção entre os representantes dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados-membros com a participação de representantes da Comissão, do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais, em Nice, em 7 de Dezembro

e exigem a igualdade e reciprocidade, condições que, aparentemente, não operam no caso do “reconhecimento” de competências. A partir da primeira ampliação da Comunidade (1972), contudo, esta técnica, cujo uso na Dinamarca exige um quórum muito reforçado (5/6 dos membros do Parlamento), ou em alternativa a aprovação em referendo que é o procedimento próprio da reforma constitucional, na Holanda, quando os tratados contêm cláusulas contrárias à Constituição ou incompatíveis com ela. Na Áustria cuja Constituição (artigo 50.º, n.º 3) requer a aprovação de 2/3 para a ratificação dos tratados que modifiquem a Constituição, foi também este o procedimento seguido, uma vez que o referendo realizado em 12 de Junho autorizou a incorporação na Comunidade. E o das leis orgânicas em Espanha (uma parte da doutrina chegou a defender que em virtude deste procedimento o tratado de adesão ou as sucessivas reformas dos tratados originários podiam reformar a Constituição. Esta doutrina voluntarista foi desautorizada pelo Tribunal Constitucional na sua Declaração de 1-VII-1992), começa a ser abandonada para ser substituída por outras que articulam de maneira mais forte a vinculação do respectivo Estado com a Comunidade. A primeira mudança substancial verificou-se na Irlanda onde o que se incorpora na Constituição, mediante reforma aprovada em referendo, é a autorização para ratificar cada um dos tratados, mas são sobretudo as reformas introduzidas depois do Tratado de Maastricht para tornar possível a sua ratificação, em Constituições que, em geral, contavam já com cláusulas de habilitação genérica, as que evidenciam esta mudança de orientação³²¹.

Assim, tendo em conta cada um dos preceitos das Constituições dos Estados-membros das Comunidades Europeias, observam-se duas tendências ou grupos: de um lado aquelas Constituições - a grande maioria - que prevêm a atribuição do exercício de competências internas em favor das instituições comunitárias, tendo como consequência implícita a inserção e aplicação interna das normas do direito derivado, nas condições estabelecidas nos próprios tratados; por outro lado, aquelas Constituições que aceitam expressamente os actos das instituições nas condições previstas nos próprios tratados reconhecendo, implicitamente, que transferem para as Comunidades Europeias as competências necessárias para adoptar tais actos obrigatórios e de eficácia directa.

de 2000. Não é ainda um documento vinculativo para os Estados-membros mas representa mais um passo no sentido de uma integração mais profunda.

³²¹ Ver: RUBIO LLORENT, Francisco - *Constitucion Europea O Reforma Constitucional?* In MIRANDA, Jorge (org.) - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 695-717, especialmente p. 711-712. E RUBIO LLORENT, Francisco - *Constitutionalism in the “integrated” states of Europe*, cit..

Em certos Estados, as transferências de competências foram operadas com a ausência de bases constitucionais. A justificação constitucional foi em certos casos indirecta; em certos casos não existiu qualquer justificação constitucional nem mesmo indirecta.

Qualquer que seja o sistema constitucional o resultado final é o mesmo. O importante é que todas as Constituições aceitam que o Direito Comunitário pode operar automaticamente no interior de cada Estado-membro de acordo com as suas características próprias: eficácia directa, primazia e, em consequência, aplicação efectiva e uniforme em toda a Comunidade³²². Em todos os casos e com diferente terminologia, autoriza-se, constitucionalmente, a “transferir”, “delegar”, ou “atribuir” competências legislativas, administrativas ou jurisdicionais a “autoridades”, “instituições” ou “Organizações internacionais” ou aos seus órgãos³²³.

³²² Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 205 e ss..

³²³ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 540.

CAPÍTULO II

Aplicabilidade directa do Direito Comunitário no direito interno³²⁴

1. Abordagem Doutrinária

1.1. Autonomia do Direito Comunitário

A manifestação livre e voluntária do consentimento dos Estados em serem membros das Comunidades Europeias e, como consequência, obrigarem-se pelos tratados institutivos e pelos actos das instituições, produz a atribuição de competências internas a favor das Comunidades. Esta atribuição, em determinadas matérias, e o seu exercício efectivo pelas

³²⁴ Segundo o Professor Mota de Campos, no puro plano conceptual, pode distinguir-se as noções de aplicabilidade directa e de efeito imediato na medida em que este, ao contrário daquela, supõe a atribuição a um particular de um direito subjectivo susceptível de invocação e reconhecimento em juízo e a imposição a outrem da correspondente obrigação. Assim, o conceito de aplicabilidade directa seria mais amplo do que o de efeito directo, pois engloba-o sem se esgotar nele. Ver: CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário**. II vol.. 5.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 247. Pode dizer-se que se verifica uma ligeira distinção entre eles, no entanto a maior parte da doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (T.J.C.E.) utilizam indistintamente a expressão aplicabilidade directa, efeito directo e até efeito imediato, para traduzir o mesmo conteúdo. Também CAMPOS, João Mota de - **As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985, p. 285 e ss., sobre a aplicabilidade directa entre outros: WITTE, Bruno - Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order. In GRAIG, Paul e BÚRCA, Gráinne de - “The Evolution of EU Law”. 1.^a ed.. Oxford: University Press, 1999, p. 177-213; DIAS, João Pedro Simões - **O Conselho Europeu e a Ideia da Europa**. Aveiro: Fedrave, 1995, p. 361 e ss.; GAUTRON, Jean-Claude - **Direito Europeu: Sumários de História e Jurisprudência**. Tradução de: Maria Manuela Morais Cunha, Maria José V. Chena Borrego e Maria Rosa Figueiredo. 1.^a ed.. Lisboa: Publicações D. Quixote, 1992, p. 170 e ss.; TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 230 e ss.; MATHIJSEN, P. S. F. R. - **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 409-410; SOUSA, António Francisco - **Comunidades Europeias: Organização, Funcionamento, Regime Jurídico**. 2.^a ed.. Lisboa: E. D., 1987, p. 94; RAMOS, Rui Manuel Moura - As Comunidades Europeias - Enquadramento normativo-institucional. In **Documentação e Direito Comparado**. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado - Procuradoria Geral da República. N.º 25/26: (1986), p. 7-105, especialmente p. 99 e ss.; LOUIS, Jean-Victor - **A Ordem Jurídica comunitária**. 3.^a ed., revista e aumentada. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 38 e ss.; KOVAR, Robert - As Relações entre o Direito comunitário e os Direitos Nacionais. In Comissão das Comunidades Europeias (org.) - “Trinta anos de Direito Comunitário”. Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 115-154, especialmente p. 138 e ss..

instituições comunitárias, é o ponto de partida da existência do ordenamento jurídico comunitário.

O Estado reserva um conjunto de competências sob a sua soberania e, portanto, regidas pelo Direito nacional. Mas nas matérias cedidas regem os tratados e os actos das instituições ou o Direito derivado. Logo os dois ordenamentos jurídicos coexistem no interior de cada Estado-membro.

Diz Pierre-Marie Martin que no sistema do Direito Comunitário, cuja salvaguarda cabe a um Tribunal de Justiça de amplas competências, o princípio da aplicabilidade directa permite a este direito distinguir-se daquele dos Estados. Este Direito Comunitário pode ser invocado perante o juiz interno porque uma norma directamente aplicável “engendra direitos que as jurisdições internas devem salvaguardar”.

Para fortalecer esta aplicabilidade, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (T.J.C.E.) no célebre caso *Costa/ENEL*³²⁵ foi levado a constatar a primazia do Direito comunitário sobre os direitos nacionais, tendo em conta que “ao contrário dos tratados internacionais ordinários, o Tratado da C.E.E. instituiu uma ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados-membros desde a entrada em vigor do tratado”. Seja como for, a ordem jurídica comunitária não só afirma a sua superioridade sobre a ordem interna, como dispõe de uma jurisdição própria para assegurar a aplicação³²⁶. Para além disso, no caso *Van Gend & Loos* (T.J.C.E., 5 de Fevereiro de 1963) o Tribunal constatou que “a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional em benefício da qual os Estados-membros limitaram, se bem que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e cujos sujeitos não são apenas os Estados-membros mas também os seus cidadãos”. Diz Jean Boulois que de uma decisão à outra a ordem jurídica comunitária deixou de ser “de Direito Internacional” para não ser mais do que “procedente de uma fonte autónoma”, que não permanece mais nos tratados. Se o Direito Comunitário afirma a sua autonomia face à ordem jurídica internacional é nele que ele se inspira, sem o dizer, para fixar os princípios da sua integração nas ordens jurídicas nacionais³²⁷.

³²⁵ In *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (RJC)*, 1964, p. 141.

³²⁶ MARTIN, Pierre-Marie - **Droit international Public**. Paris, Milan e Barcelone: Masson, 1995, p. 174-175; BOULOIS, Jean - *Le Droit des Communautés Européennes dans les Rapports avec le Droit International Général*. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 40.

³²⁷ BOULOIS, Jean - *Le Droit des Communautés Européennes ...*, cit., p. 40-41. Diz o Professor Moura Ramos que o Direito Comunitário é autónomo porque, embora integrado no Direito Internacional considerado

As relações entre o Direito Comunitário e o Direito interno estão condicionadas pelos princípios de autonomia, eficácia ou aplicação directa e primazia do Direito Comunitário. Como assinalou o T.J.C.E. na sua decisão n.º 1/91 sobre o Espaço Económico Europeu (E.E.E.), “os aspectos essenciais” do ordenamento jurídico comunitário são “a sua primazia em relação aos Direitos dos Estados-membros, assim como o efeito directo de toda uma série de disposições aplicáveis aos seus nacionais e a eles mesmos”³²⁸.

Desde logo, o Direito Comunitário deve o seu nascimento a normas de Direito Internacional que regulam as relações entre Estados, mas para a maioria dos Autores é evidente que os tratados e os actos das instituições ultrapassam o marco internacional clássico das relações entre Estados para incorporar como destinatários dessas normas os nacionais dos Estados-membros e os próprios poderes públicos dos Estados.

O T.J.C.E. confirmou, referindo-se ao T.C.E., que “ainda que tenha sido celebrado sob a forma de convenção internacional, não deixa de ser, por isso, a carta constitucional de uma Comunidade de Direito” (sentença n.º 1/91, fundamento 21).

Esta autonomia a respeito do Direito Internacional permite desvanecer qualquer condição de paridade e de reciprocidade na formação e na aplicação do Direito Comunitário.

A cláusula de reciprocidade, que aparece em numerosas convenções internacionais, é inconcebível na aplicação dos tratados e dos actos das instituições e, por isso, o Tribunal recusou-a, sempre que algum Estado a invocou para justificar o seu próprio incumprimento, assinalando que “os tratados não se limitam a criar obrigações recíprocas”³²⁹. Por isso, tão pouco admite o Tribunal que um Estado-membro possa “tomar unilateralmente medidas de defesa” para prevenir-se contra um possível incumprimento, por parte de outro Estado-membro, das normas de Direito Comunitário³³⁰. Mas o Direito Comunitário tão pouco é Direito interno, o Direito Comunitário é autónomo face ao Direito interno, ainda que se integre nos sistemas jurídicos nacionais mas sem perder a sua qualidade de Direito Comunitário (como dizia a sentença *Costa/ENEL*).

em sentido amplo, ele caracteriza-se não só por diferentes modos de formação como por diferenças assinaláveis na sua aplicação, em particular quando esta é levada a cabo por órgãos estaduais. Ver: **Das Comunidades à União Europeia: Estudos de Direito Comunitário**. 2.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 100.

³²⁸ Decisão n.º 1/91, de 15/12/1991, sobre o E.E.E., fundamento 21. In *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (1992-1), p. 226-259.

³²⁹ Sentenças de 13/11/1964, Comisión c. Luxemburgo y Bélgica, processo n.º 90-91/63; de 26/02/1976, Comisión c. Itália, processo n.º 52/75; de 25/09/1979, Comisión c. Francia, processo n.º 232/78; de 14/02/1984, Comisión c. Alemanha, processo n.º 325/82.

³³⁰ Sentenças de 23/05/1996, Lomas C-5/94 e de 9/12/1997, Comisión c. Francia, C-265/95.

Definitivamente, o Direito Comunitário não se submete aos princípios nem aos modos de produção normativa nem aos efeitos jurídicos estabelecidos na Constituição e nas restantes normas internas dos Estados-membros. Precisamente o T.J.C.E., na sentença *Van Gend & Loos* de 1963, situou o Direito Comunitário “como independente da legislação dos Estados-membros” e na sentença, de 18 de Outubro de 1967, *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Alemão sustentava que o Direito Comunitário e o Direito interno alemão eram “duas ordens jurídicas autónomas e diferentes entre si”, porque “o Direito criado pelo tratado C.E.E. provinha de fontes jurídicas autónomas” e isso porque a C.E.E. “não é um Estado, muito menos um Estado federal”, mas apenas “uma Comunidade de natureza especial, em curso de integração gradual”, uma “organização interestadual”. E, aproveitando a deixa, acrescentaria que o Direito Comunitário derivado “constitui uma ordem jurídica específica, cujas normas não são de Direito Internacional nem pertencem ao Direito interno dos Estados-membros”. Num outro caso, julgado em 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* e que ficou célebre na jurisprudência alemã e na do Tribunal das Comunidades (ao qual subiu como questão prejudicial nos termos do então artigo 177.º do T.C.E.E., actual artigo 234.º do T.C.E.), este extraiu importantes consequências da sua autonomia, recusando “recorrer a regras ou noções jurídicas de Direito nacional para a apreensão da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade” pois o Direito derivado nasce de “uma fonte autónoma” (sentença de 17/12/1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, processo n.º 11/70)³³¹. O Tribunal Administrativo de *Frankfurt* confrontado com esta matéria julgaria que os regulamentos da C.E.E. não eram leis nacionais, mas “actos comunitários especiais”, que “não faziam parte nem do Direito Internacional Público nem do Direito interno de qualquer Estado-membro”.

Também em Itália, o Tribunal Constitucional tem deixado conhecer, mesmo que implicitamente, a sua posição sobre as relações entre o Direito Comunitário e o Direito interno. Foi o que fez, desde logo, no caso *Italian Frontini*, julgado a 27 de Dezembro de 1973, aí o Tribunal deixaria claro que o Direito Comunitário e o Direito interno dos Estados-membros “são ordens jurídicas autónomas e distintas”. O Tribunal não se pronuncia expressamente sobre as relações com o Direito Internacional, mas da leitura da sentença

³³¹ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. 2.ª ed.. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 197-198.

retira-se a ideia de que o Tribunal não tem dúvidas em afastar o Direito Comunitário do Direito Internacional tradicional³³².

Segundo a doutrina dos dois ordenamentos, o ordenamento comunitário e os nacionais são ordenamentos distintos, mas coordenados e a coordenação é assegurada pelas normas constitucionais de abertura, a reforma destas altera também o sistema de coordenação e a doutrina que pretende explicá-lo deveria modificar-se em consequência³³³. O que se chamou a “nacionalização” do Direito Comunitário introduz uma mudança substancial na relação em que os juízes nacionais se encontram a respeito deste e a doutrina deveria reflecti-lo. No entanto, não há, até agora, indício algum de tal mudança, nem parece provável que se produza, pois essa doutrina “oficial” sobre a relação entre o Direito Comunitário e os direitos nacionais manteve-se inalterada desde o começo e não pode ser sensível às reformas das Constituições porque é alheia ao conteúdo destas.

A doutrina dos dois ordenamentos não nega que a validade dos tratados institutivos, ou das suas alterações posteriores, requeira um fundamento constitucional em cada um dos Estados-membros, mas construiu-se abstraindo de quais são os termos ou o alcance desta fundamentação, ou inclusive da existência real desta. Aquela sustenta que, uma vez em vigor, estes tratados têm efeito directo e primazia quer em relação à lei posterior quer em relação à Constituição, independentemente das previsões do direito interno a este respeito. Em rigor, e dado que muitas das Constituições dão aos tratados internacionais um valor supralegal, no que toca ao direito originário as principais consequências práticas que derivam da doutrina dos dois ordenamentos são as atinentes ao efeito directo dos tratados e à impossibilidade de questionar a sua validade constitucional, seja através do controle da constitucionalidade das leis que autorizaram a sua ratificação ou da sua incorporação no ordenamento nacional (não se pode esquecer que a célebre sentença *Van Gend & Loos*, a primeira a afirmar o efeito directo dos tratados, pronunciou-se justamente na Holanda cuja jurisdição aceitara desde o começo do século a superioridade dos tratados sobre a lei)³³⁴.

³³² QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991, p. 89-90 e 415-421.

³³³ O Tribunal de Justiça fala de ordenamentos distintos ainda que coordenados, não de ordenamentos independentes, mas ao negar a possibilidade de que a jurisdição de cada um deles se pronuncie sobre a validade das normas que formam parte do outro e fazer caso omissso da forma e dos termos em que as Constituições articulam a coordenação, o que afirma, realmente, é a sua independência recíproca.

³³⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco - *Constitucion Europea ...*, cit., p. 705-707.

No entanto, para alguns autores o Direito Comunitário e o Direito Constitucional nunca entram em competição. No caso de existir alguma contradição, o problema só pode resolver-se através da correspondente reforma da Constituição, isto é, através de algum dos procedimentos definidos pela mesma e nunca mediante a aceitação de uma reforma tácita.

O Direito Comunitário e o Direito infraconstitucional, pelo contrário, estão em competição permanente. As relações entre Direito Comunitário e Direito interno infraconstitucional são presididas por dois princípios que se têm afirmado de maneira consistente e inequívoca desde há vários decénios e que são definidos com os termos de “eficácia directa” e “primazia”³³⁵.

Para Lucas Pires, nem os partidários da supremacia “absoluta” ou incondicional do Direito Comunitário - que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem sustentado - ousaram pôr em causa o princípio da plena autonomia da organização política e administrativa dos Estados-membros. Apesar da abertura e o relacionamento das ordens jurídicas comunitária e nacional serem cada vez mais intensos, a autonomia da Constituição nacional, nomeadamente no que tem a ver com a sua “identidade”, pode ser considerada objecto de uma “reserva de soberania” absoluta, onde não entra sequer a ponderação do princípio da subsidiariedade.

Verifica-se o estabelecimento de uma relação “cada vez mais estreita” entre as duas ordens jurídico-políticas e no próprio novo uso do poder de revisão constitucional. Este último foi obrigado a funcionar, em 1992, pela primeira vez, de modo extraordinário, no decurso da ratificação de Maastricht e quase parecendo transformado num *item* do mesmo processo.

Tal revisão, pela origem e modo como foi efectuada, tornou-se uma espécie de instrumento de recepção do direito mais “fundamental” das Comunidades na ordem constitucional interna.

Por outro lado, no que diz respeito ao compromisso constitucional com o processo de integração, da revisão de 1982 até à de 1992, há um manifesto aumento de vinculação que vai desde a viabilização do primado das normas de Direito Comunitário (n.º 3 do artigo 8.º) até à definição de um critério de partilha ou “exercício em comum”, sob certas condições e

³³⁵ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**. 5.ª ed.. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1998, p. 841-842.

finalidades, do exercício da soberania ao nível comunitário (n.º 6 do artigo 7.º), isto é, a Constituição vai ela própria passando da “decisão europeia” até à “União Europeia”³³⁶.

Algumas das condições colocadas pelo n.º 6 do artigo 7.º oferecem dificuldades quanto à compatibilização com outros princípios constitucionais ou comunitários. Desde logo, a “reciprocidade” pertence mais à lógica do Direito Internacional público do que do Direito Comunitário. Este “exercício em comum” da soberania não pode, segundo Lucas Pires, ser assemelhado à partilha da separação de poderes interna. É que a organização do “exercício em comum” dos seus poderes soberanos não cabe, neste caso, à Constituição portuguesa. Supõe a integração numa ordem de direito, poder e competência com fundamentos, estruturas e objectivos diferentes, definidos fora e para além da alçada da *Grundnorm* da Constituição portuguesa³³⁷.

1.2. Relação entre Direito Comunitário e Direito Internacional

O Direito Comunitário abrange os tratados institutivos, os actos das instituições e os acordos concluídos entre as Comunidades e Estados terceiros ou com outras organizações internacionais. A existência de uma correlação entre o Direito Comunitário e o Direito Internacional resulta do facto do primeiro ser um direito de organizações internacionais e, enquanto tal, tem relações com o segundo. Verifica-se, com efeito, que as Comunidades, de acordo com a concepção que presidiu à sua criação, são organizações internacionais de um género particular. Elas deveriam ser o instrumento de uma integração progressiva dos Estados que fossem membros, numa entidade cuja existência manifestaria a “identidade europeia” no seio de uma sociedade internacional dominada, na época, pela coexistência. A realização deste objectivo supunha que as organizações internacionais com este encargo fossem constituídas seguindo um modelo diferente daquele das organizações clássicas de cooperação interestatal. Assim, o modelo sobre o qual se iria edificar a construção comunitária repousaria na criação de uma instituição económica original - um mercado comum - cujas regras de

³³⁶ PIRES, Francisco Lucas - A experiência comunitária do sistema de governo da Constituição Portuguesa. In MIRANDA, Jorge (org.) - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 830-850, especialmente p. 832-837, também BOULOIS, Jean - **Le Droit des Communautés Européennes dans les Rapports avec le Droit International Général**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 19 e ss..

³³⁷ PIRES, Francisco Lucas - A experiência comunitária ..., cit., p. 838.

constituição e de funcionamento implicariam não só uma integração das economias mas também e necessariamente das estruturas jurídicas e sociais dos Estados-membros.

As organizações que recebessem a gestão deste mercado seriam dotadas de órgãos cuja composição, as competências e as relações mútuas seriam apropriadas a esta função.

Paradoxalmente o Direito Comunitário apesar de ser uma construção de Direito Internacional fundada sobre os tratados, distanciou-se perante este direito, desligando-se progressivamente ao ponto de se pretender ser independente.

Mas para alguns, o Direito Comunitário permanece Direito Internacional. Os tratados institutivos permanecem formalmente tratados, mas devem ser considerados materialmente como verdadeiras Constituições, com aquilo que esta qualidade comporta como consequências para o seu regime e para a sua autoridade. Em segundo lugar, estes tratados são o fundamento da ordem jurídica própria destas organizações.

A primeira condição para que a ordem jurídica comunitária seja autónoma, é que as regras que constituem esta ordem estejam, para sua interpretação e aplicação, submetidas apenas a uma instância que lhes seja própria e que estatua seguindo as regras que ela estabelece.

Os três tratados institutivos confiam, em termos idênticos, ao Tribunal de Justiça que eles instituíram, e que se tornou comum às três Comunidades, a tarefa de velar pelo respeito do direito na sua interpretação e aplicação.

O arranjo do sistema jurisdicional comunitário conduz à exclusão da regra de Direito Internacional costumeira sobre o esgotamento das vias de recurso internas. A existência de recurso directo, que os particulares podem interpor perante o Tribunal, mas sobretudo o mecanismo de cooperação dos juízes nacionais com o juiz comunitário, graças ao procedimento do recurso prejudicial, privam a regra das suas justificações tradicionais. É sobretudo pela interpretação do Direito Comunitário que o Tribunal tem assegurado o desenvolvimento autónomo. Não se pode esquecer que o Direito Comunitário só é susceptível de uma interpretação juridicamente obrigatória e que esta interpretação é exclusivamente jurisdicional e que o Tribunal de Justiça a monopoliza. Assim, o Tribunal de Justiça das Comunidades recorre progressivamente aos métodos finalistas que lhe permitem privilegiar de maneira sistemática e exclusiva a tomada em consideração do objecto e do fim, em função da edificação progressiva da ordem jurídica comunitária. E ao fazê-lo o tribunal comporta-se de uma maneira mais próxima da do juiz interno do que da do juiz internacional.

A segunda condição para a autonomia é que a fonte de onde ele provém e sobre a qual se edifica, se auto-sustente, de forma a não ser preciso recorrer a princípios ou regras que o tratado não contenha. E não acontece assim. Os autores dos tratados estiveram mais preocupados com a regulamentação económica do que com a jurídica, acrescentando-se o facto de que a construção comunitária foi concebida como uma edificação progressiva cuja realização traria novos problemas, sobretudo ligados às exigências do Estado de Direito. Esta autonomia não parece, com efeito, substancialmente ameaçada pela introdução de princípios ou de regras mais ou menos comuns aos direitos dos Estados-membros sobre os quais o Direito Comunitário prevalece.

Afirma-se o carácter subsidiário do apelo ao Direito Internacional e, implicitamente, a sua rejeição desde que ele seja incompatível com o Direito Comunitário^{338 339}.

1.3. Aplicabilidade directa do Direito Comunitário originário

Quanto à aplicabilidade directa das normas comunitárias significa que estas podem gerar por si mesmas efeitos plenos de maneira uniforme em todos os Estados-membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período da sua validade. Como consequência, criam direitos e obrigações para todos aqueles que possam ser afectados pelo seu âmbito de aplicação, podendo ser invocadas perante as autoridades públicas (administrativas e judiciais), as quais têm a obrigação de salvaguardar esses direitos e obrigações. A noção de eficácia directa foi - como assinalou P. Pescatore - “uma autêntica opção jurisprudencial”. Contudo, não foi uma invenção do Tribunal de Justiça que deduziu esta característica essencial mediante uma interpretação dos tratados baseada “no seu espírito, na sua economia e nos seus

³³⁸ Diz Maria José Morais Pires que ainda não há uma opinião firme sobre o problema de saber se o Direito Comunitário é ou não Direito Internacional público. Rousseau e Van Der Meersch consideram que “ele pertence à categoria jurídica e sociológica do Direito Internacional”. Ver em: PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno em Direito Comparado*. In *Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 53/54: (1993), p. 139-190, especialmente p. 144.

³³⁹ Entre outros ver: QUADROS, Fausto de - ***Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu***. Lisboa: Almedina, 1991, p. 171-179; BOULOIS, Jean - *Le Droit des Communautés Européennes dans les Rapports avec le Droit International Général*. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 40; MARTINS, Ana Maria Guerra - ***Introdução ao Estudo do Direito Comunitário: Sumários Desenvolvidos***. Lisboa: Lex, 1995, p. 150 e ss.; CAMPOS, João Mota de - ***As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982***. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985.

termos”, isto é, servindo-se, em particular, dos métodos de interpretação sistemático e teleológico, isto é, de acordo com a coerência e os objectivos da norma no marco das finalidades últimas dos tratados, para cuja realização o Tribunal de Justiça deve contribuir.

Ainda que a doutrina do efeito directo nos possa parecer, hoje, elementar e de fácil compreensão, especialmente nos sistemas monistas ou de unidade de ordenamentos, nos sistemas dualistas não se aceitava a possibilidade de uma norma não nacional, por si mesma, criar direitos e obrigações para os particulares..

Para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o T.C.E. constitui algo mais do que um acordo que se limita a criar obrigações mútuas entre os Estados contratantes, por outras palavras, aquele tratado não é um tratado como muitos outros, é “algo mais” que uma norma internacional, pois expressa a existência de relações complexas que ultrapassam as relações iniciais entre os Estados que cooperaram na adopção dos tratados.

O T.J.C.E. considera que as disposições dos tratados, ainda que destinadas, em princípio, a regular relações interestatais, podem ser invocadas pelos particulares e estes podem deduzir das obrigações assumidas pelos Estados, direitos em seu favor protegidos pelas jurisdições nacionais. Em primeiro lugar, o Tribunal apoia essa opção a partir da concepção de uma “Comunidade de povos” face à estrita organização de Estados. As Comunidades são também “algo mais” do que uma organização internacional: são uma Comunidade de povos e uma Comunidade de Estados.

Além do mais, o recurso prejudicial não se entenderia nem estaria justificado se as disposições dos tratados e do Direito derivado afectassem unicamente os Estados-membros. Porque é que um juiz nacional pode considerar necessária uma sentença do T.J.C.E. para emitir a sua decisão? Porque deve dirimir esse litígio, declarando os direitos e as obrigações das partes, aplicando directamente uma norma comunitária. Logo, as normas comunitárias, por si mesmas, podem criar direitos e obrigações que entram na esfera jurídica dos particulares, independentemente da legislação do Estado-membro.

Por eficácia directa entende-se que as normas comunitárias são fonte de direitos e obrigações, não só para os Estados mas também para todos os cidadãos dos países integrados nas Comunidades, e em consequência podem ser invocadas perante as autoridades administrativas e perante os tribunais de todos os Estados-membros, devendo em tais casos a autoridade administrativa ou o órgão jurisdicional correspondente atender o pedido que lhes é dirigido.

A eficácia directa tem vindo a afirmar-se de maneira ininterrupta desde a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 5 de Fevereiro de 1963 (caso *Van Gend & Loos*)³⁴⁰.

À luz da sentença *Van Gend & Loos* o efeito directo significa:

- que as normas dos tratados podem produzir efeitos jurídicos imediatos, por si mesmas, sem precisarem de normas nacionais para a sua aplicação ou sem que estas sejam um obstáculo para a sua aplicação;
- que os particulares podem fazer valer perante os poderes públicos nacionais os direitos que derivam das normas comunitárias e os ditos poderes devem assegurar o respeito das obrigações assumidas pelos Estados nos tratados e proteger os direitos individuais.

A qualificação de uma norma de efeito directo é uma operação complexa e por vezes difícil. A diferença em relação à primazia, que é uma noção absoluta e própria de toda a norma comunitária, é que a aplicação directa é uma noção restrita que tem de se determinar caso a caso, ao jeito de uma construção pretoriana. O Tribunal de Justiça no caso *Van Gend* formulou vários requisitos que ampliou em outras sentenças, nos anos sessenta, mas a sua jurisprudência estabilizou-se e simplificou-se, mantendo unicamente dois requisitos:

- que a norma comunitária seja “clara e precisa” ou “suficientemente precisa”, no sentido em que funde uma obrigação concreta em termos inequívocos, desprovida de ambiguidades;
- que o seu mandato seja incondicional, no sentido de que não deixe margens de apreciação discricionária às autoridades públicas ou às instituições comunitárias.

A incondicionalidade e precisão não serão alteradas pelo facto da directiva, pela sua própria natureza, estar sujeita à intervenção legislativa dos Estados-membros³⁴¹. Unicamente ficará privada do efeito directo se a intervenção é expressamente prevista pela norma comunitária e seja um complemento indispensável sem o qual ela não poderá aplicar-se. Nos

³⁴⁰ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**. 5.ª ed.. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1998, p. 841-842; SOUSA, António Francisco - **Comunidades Europeias: Organização, Funcionamento, Regime Jurídico**. 2ª ed.. Lisboa: E. D., 1987, p. 84-85.

³⁴¹ O T.J.C.E. exigia este requisito na sentença *Van Gend*, mas abandonou-o na sentença de 19/12/1968, *Salgoil*, processo n.º 13/68. O Tribunal fixou que “a faculdade do Estado-membro de eleger entre uma multiplicidade de meios possíveis para conseguir o resultado prescrito por uma directiva não exclui a possibilidade, para os particulares, de alegar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos cujo conteúdo pode determinar-se com suficiente precisão, baseando-se, unicamente, nas disposições da directiva”. Sentença de 19/11/1991, *Francovich*, C-6/90 e 9/90, fundamento 17.

restantes casos, quando a intervenção do Estado resulte unicamente da simples necessidade de aplicar o tratado ou não tenha tido lugar nos prazos previstos, a norma será directamente aplicável³⁴².

1.4. Aplicabilidade directa do Direito Comunitário derivado

Outra categoria de actos com importância no plano das fontes de direito é constituída pelos regulamentos comunitários e outros actos normativos das organizações supranacionais (C.E.C.A., C.E.E., hoje C.E. desde a alteração do artigo 8.º do T.U.E., C.E.E.A. e U.E.) - o Direito Comunitário derivado.

Pode proceder-se a uma taxonomia das fontes de Direito Comunitário derivado. Assim, encontramos fontes com carácter vinculativo - regulamentos, directivas e decisões - e fontes sem carácter vinculativo - recomendações e pareceres. Dentro da primeira categoria de fontes podemos distinguir as fontes com carácter geral e abstracto - os regulamentos e as directivas - das fontes de natureza individual e concreta - as decisões, embora algumas possuam características de generalidade e abstracção. Dentro das fontes genéricas encontramos as fontes imediatas - os regulamentos - e as fontes sujeitas a condição de transposição de acordo com o direito interno de cada Estado - as directivas³⁴³.

A articulação entre o Direito Comunitário e o Direito nacional, relaciona-se com o carácter incompleto do primeiro, que necessita de prolongamento normativo, e com as insuficiências institucionais, sobretudo no plano administrativo e judicial, que exigem ter em conta a vinculação necessária do direito nacional às pautas estabelecidas num Direito Comunitário ao qual se tem de assegurar uma aplicação uniforme e eficaz, mas essa referência não pode fazer esquecer que o direito desenvolvido ou aplicado está vinculado, mesmo assim, à Constituição nacional que faz imposições ao próprio legislador, especialmente fortes no caso dos direitos fundamentais, ao juiz e à administração submetidos ao princípio da legalidade.

O complemento normativo, no caso das directivas que são objecto de transposição ou conversão, tem um diferente sentido e alcance, do dos regulamentos. No caso das directivas

³⁴² MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. 2.ª ed.. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 199-200.

³⁴³ PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV Revisão Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 72.

há que notar que o artigo 249.º do T.C.E. não impõe a transposição, mas estabelece a vinculação dos Estados-membros à directiva quanto ao resultado, deixando-lhes a escolha da forma e dos meios a utilizar.

A transposição - segundo estabeleceu o Tribunal de Justiça das Comunidades - deve verificar-se num prazo determinado, que só a Comunidade pode dispensar, não sendo oponíveis à dita obrigação, nem considerações particulares - tais como a lentidão do procedimento parlamentar ou a atitude dos Estados-membros - nem gerais, sobre o conteúdo da directiva.

Para obviar os problemas que o incumprimento do prazo de transposição coloca, não se pode recorrer ao procedimento estabelecido no artigo 226.º do T.C.E., mas sim deve seguir-se o caminho que o Tribunal de Justiça permite e que consiste em, uma vez decorrido o prazo e na medida em que o conteúdo da directiva seja claro, aplicá-la imediatamente, sempre que a mesma não estabeleça encargos para os cidadãos.

A decisão sobre a forma e meio de transposição é tomada pelo Estado-membro, embora respeitando determinadas exigências de clareza e segurança jurídicas fixadas pelo Tribunal e que constituem uma espécie de reserva de norma, de modo que não se aceita uma conversão mediante instruções administrativas, o que pretende o Tribunal é que a transposição se faça de modo claro e detalhado para que o cidadão em cada caso conheça os seus direitos e os possa fazer valer³⁴⁴.

No caso de desenvolvimento ou complemento normativo dos regulamentos há que ter em conta que estes são directamente aplicáveis e não necessitam de execução legislativa, de modo que, o normal será que dêem origem a meros regulamentos de especificação.

A integração supõe a abertura voluntária e consentida a uma ordem jurídica independente e completa com os seus órgãos de criação e aplicação. O fundamento de validade deste sistema jurídico reside no seu próprio marco constitucional (Direito Comunitário originário ou tratados), trata-se de um ordenamento, ainda que referido à

³⁴⁴ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José - Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integracion Europea de Portugal y España. *In* MIRANDA, Jorge (org.) - "Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976". 1.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 799-830, especialmente p. 809-813; MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo** ..., cit., p. 150 e ss.; SOUSA, António Francisco - **Comunidades Europeias** ..., cit., p. 85 e ss.; DIAS, João Pedro Simões - **O Conselho Europeu** ..., cit., p. 377 e ss.; CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit International Public. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344, especialmente p. 336 e ss..

regulação de um âmbito material limitado, sobreposto e não meramente justaposto aos direitos nacionais.

Mesmo que originariamente se esteja perante um ordenamento limitado, a determinação sobre a própria competência corresponde exclusivamente aos órgãos comunitários, de modo que, não é possível o incumprimento do Direito Comunitário por parte dos poderes públicos nacionais nem a declaração da sua legitimidade por instâncias jurisdicionais correspondentes (Tribunais Constitucionais).

Só este modo de entender a integração, como abertura absoluta do direito nacional a um ordenamento exterior autónomo e portanto com o seu próprio sistema de validade, permite captar adequadamente os princípios de supremacia e eficácia imediata do Direito Comunitário, sem os quais este ordenamento não poderia assegurar uma vigência completa e igual em território europeu.

Com efeito, as normas comunitárias, que são criadas por um poder público supranacional independente dos Estados-membros e que pertencem por isso a um ordenamento distinto, não precisam de ser ratificadas nem podem ser derogadas. Impõem-se ao direito nacional anterior ou prevalecem sobre o posterior, não em razão da sua superioridade hierárquica, pois não pertencem as ditas normas ao mesmo sistema, mas sim devido à preferência que o Direito Comunitário goza para cumprir com a sua pretensão de vigência e que foi assumida sem reservas por todos os ordenamentos nacionais.

A primazia do Direito Comunitário supõe que perante um conflito entre uma norma comunitária e uma norma nacional qualquer que seja o seu valor hierárquico, o juiz, por si, como órgão do ordenamento comunitário, e sem intervenção a este respeito do Tribunal Constitucional, não aplique o direito nacional que nesse caso concreto será afastado pela norma comunitária com a qual eventualmente colida. No caso dos regulamentos, o efeito directo resulta do artigo 249.º do T.C.E., no que diz respeito às directivas, e apesar da necessidade ordinária de transposição, a jurisprudência comunitária tem permitido a sua alegação directa pelos particulares se o seu conteúdo é claro e não requer posterior concretização, já que outra coisa seria violação do tratado, privando-se o cidadão das vantagens da directiva³⁴⁵.

A *European Communities Act* de 1972, que no Reino Unido autorizou a ratificação dos tratados, fixa também o princípio da força do direito europeu na ordem interna e inclusive a

³⁴⁵ Ver: SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José - Algunas consideraciones ..., cit., p. 800-803.

sua primazia, enquanto o Parlamento não disponha diferentemente. A interpretação que os tribunais britânicos fizeram destes princípios assegura a primazia do Direito Comunitário sempre que não seja inequívoca a vontade do Parlamento de não atender à obrigação que impõe a sua pertença à Comunidade. As Constituições da Alemanha e de França coincidem na introdução de enérgicas afirmações de pertença à União e de compromisso no seu progressivo desenvolvimento, mas a partir daí seguem vias distintas. A “nacionalização” do Direito Comunitário estende a campos novos o problema do controle da constitucionalidade deste e acrescenta a possibilidade de utilizar o Direito europeu como parâmetro de constitucionalidade para ajuizar, tanto a validade das normas internas, como a aplicabilidade interna do Direito Comunitário derivado. Em França, essa possibilidade de utilizar o Direito Comunitário como medida da constitucionalidade do direito interno, foi afirmada por alguns autores a partir da referência que a decisão do Conselho Constitucional de 2 de Setembro de 1992, a chamada Maastricht II, fez à menção que no novo artigo 88-3 da Constituição se faz do artigo 19.º do T.C.E. (anterior artigo 8.º-B do T.C.E.E.). Em Itália, o Tribunal Constitucional pô-la em prática na sentença n.º 384/1994. É, contudo, na Alemanha onde se têm retirado mais consequências desta nova articulação entre Direito interno e Direito Comunitário, que estabelece uma imbricação profunda entre ambos. Na célebre sentença, de 12 de Outubro de 1993, que revogou explicitamente a doutrina da sentença *Eurocontrol*, (nesta sentença o Tribunal tinha defendido que a queixa por violação dos direitos fundamentais só poderia dirigir-se contra actos dos poderes públicos alemães, o que excluía a possibilidade de atacar por esta via os actos das autoridades comunitárias, mas não os actos de autoridades alemãs em aplicação do Direito Comunitário), o Tribunal afirmou que o seu dever é garantir a vigência plena desses direitos em território alemão, independentemente de ser ou não alemã a autoridade à qual se imputa a sua violação. No restante, o Tribunal manteve, no que respeita aos direitos fundamentais, a sua doutrina anterior, o Tribunal Constitucional alemão afirma a sua competência para controlar o direito derivado desde o ponto de vista dos tratados, tendo em conta o carácter limitado das competências transferidas (e talvez desde a perspectiva do princípio da subsidiariedade, explicitamente consagrado na Constituição como princípio essencial do sistema comunitário). A decisão alemã salva formalmente o monopólio do Tribunal de Justiça para controlar a validade do Direito Comunitário, reduzindo a

competência que para si reivindica de controle de aplicabilidade desse direito em território alemão³⁴⁶.

Na doutrina portuguesa, segundo Gomes Canotilho, a Constituição da República Portuguesa ponderou o problema do valor das normas de organizações internacionais de que Portugal faça parte, estabelecendo que elas “vigoram directamente na ordem interna desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos” (cfr. artigo 8.º, n.º 3). Além disso, observadas as condições de reciprocidade, o princípio da subsidiariedade e o objectivo da realização da coesão económica e social, pode convencionar-se “o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia” (cfr. artigo 7.º, n.º 6)³⁴⁷.

Dizem Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros que o n.º 3 do artigo 8.º da Constituição (acrescentado à redacção inicial do artigo, pela revisão constitucional de 1982) teve em vista conceder vigência na ordem interna ao Direito Comunitário derivado, isto é, às normas e aos actos emanados dos órgãos das Comunidades Europeias, na perspectiva da adesão de Portugal às Comunidades, que veio a ocorrer a partir de Janeiro de 1986. O sistema adoptado foi o da aplicabilidade directa com o sentido de aplicabilidade imediata e automática na ordem interna, sem necessidade de interposição de qualquer acto legislativo, regulamentar ou administrativo da parte do Estado português. Aplicabilidade directa porque ela consiste num conceito fundamental do Direito Comunitário e aplicabilidade automática e não recepção automática porque, quanto ao Direito Comunitário, não se coloca o problema da sua recepção pelo Direito interno³⁴⁸.

Diz, no entanto, Silva Cunha que, a partir da revisão constitucional de 1997, se excluem da regra geral do n.º 3 do artigo 8.º as directivas, as quais, nos termos do n.º 9 do

³⁴⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco - *Constitucion Europea ...*, cit., p. 711-712. E RUBIO LLORENT, Francisco - *Constitutionalism in the “integrated” ...*, cit..

³⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 724, não existindo correspondência na 5.ª edição desta obra, de 2002. Pode ver-se, entre outros: CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário. O Ordenamento Jurídico Comunitário**. 5.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 233 e ss.; do mesmo Autor **As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985, p. 297 e ss.; MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 149 e ss..

³⁴⁸ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS Fausto de - **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 112 e 113.

artigo 112.º, só podem ser transpostas para a ordem interna sob a forma de lei ou de decreto-lei, adoptando-se assim, de acordo com a sua opinião, o método da transformação³⁴⁹.

Para Jorge Miranda, este artigo foi fortemente criticado: em primeiro lugar, por conferir ao Direito Comunitário derivado um regime mais favorável do que aquele que concede ao originário, composto pelos tratados que instituíram as Comunidades e pelos que as modificaram³⁵⁰. De facto, enquanto que ao primeiro é concedido aplicabilidade directa, os tratados comunitários aparecem diluídos na categoria genérica dos tratados internacionais e sujeitos, como todos estes, à cláusula geral de recepção plena, ainda por cima condicionada, ignorando a Constituição que aos preceitos dos tratados comunitários a jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias, com o apoio da doutrina, reconhece efeito directo na ordem interna dos Estados, ou seja, a possibilidade de qualquer sujeito de Direito interno invocar em Tribunal nacional ou perante a Administração um desses preceitos para afastar a aplicação de uma norma nacional contrária. Não há nenhuma razão para que o Direito Comunitário não tenha um único e mesmo regime de vigência na ordem interna portuguesa, independentemente de ser originário ou derivado, isto é, independentemente da sua fonte, e muito menos se compreende que o Direito Comunitário de fonte superior - o originário - tenha um regime de vigência menos favorável do que o de fonte inferior - o derivado³⁵¹; em segundo lugar, por só atribuir aplicabilidade directa às normas emanadas dos órgãos das Comunidades Europeias, esquecendo-se que dentro das normas e dos actos de Direito derivado, a que se refere o preceito geral sobre a matéria (que no T.C.E.E. era o artigo 189.º e hoje é o artigo 249.º do T.C.E.), também gozam de aplicabilidade directa as decisões dos órgãos da Comunidade, quando têm como destinatários sujeitos de Direito interno dos Estados. Ora essas decisões são autênticos actos administrativos definitivos e executórios, portanto, actos individuais e não normas. É certo que na revisão de 1989, o legislador constituinte eliminou do texto do n.º 3 do artigo 8.º o advérbio “expressamente”, mas essa alteração em nada salvou o preceito. De facto, expressamente ou não, os tratados comunitários, e concretamente o citado artigo, reconhecem aplicabilidade directa aos

³⁴⁹ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de ...**, cit., p. 116, pé-de-página n.º 128.

³⁵⁰ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In *AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 275-301, especialmente p. 281 e 282.

³⁵¹ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito ...**, cit., p. 113 e 114.

regulamentos e às decisões que se dirigem às pessoas singulares e colectivas do respectivo Estado, ora o artigo 8.º, n.º 3, ao falar em “normas” continua a abranger apenas os regulamentos. Por outro lado, a modificação introduzida não resolveu a omissão da referência às directivas e às decisões que se dirigem aos Estados e não aos seus sujeitos internos, que gozam de efeito directo e não de aplicabilidade directa³⁵²; e em terceiro lugar, porque toda a filosofia que preside à letra e ao espírito deste n.º 3 do artigo 8.º, enferma de um erro de base, porque aquilo sobre o que a Constituição tinha que dispor não era a vigência do Direito Comunitário na ordem interna, mas sim sobre a legitimação constitucional dos limites do poder soberano do Estado português, resultantes da adesão³⁵³. Aquele Professor não vê como, por mais específicos que sejam os tratados institutivos e modificativos das Comunidades, eles possam estar sujeitos a um regime diverso dos demais tratados³⁵⁴.

2. Abordagem do Direito Comparado

Pertence aos poderes públicos nacionais, em virtude do princípio da autonomia institucional, escolher em função das regras constitucionais nacionais as autoridades encarregadas de aplicar o Direito Comunitário.

Os Estados não podem justificar as faltas às suas obrigações invocando os dados do seu sistema nacional. Se o sistema nacional impede o funcionamento do Direito Comunitário pertence às autoridades nacionais a adaptação.

O Direito Comunitário derivado não parece apresentar muitas especificidades a este respeito.

³⁵² Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito ...**, cit., p. 114 e 115 e MIRANDA, Jorge - *As Relações entre ...*, cit., p. 281 e 282.

³⁵³ MIRANDA, Jorge - *As Relações entre ...*, cit., p. 115.

³⁵⁴ Ver: MIRANDA, Jorge - *As Relações entre ...*, cit., p. 281 e 282.

2.1. República Federal da Alemanha

Na Alemanha, a aplicação legislativa do Direito Comunitário está particularmente desenvolvida em virtude das exigências constitucionais sublinhadas pelo Tribunal Constitucional que recusou reconhecer ao Governo um poder regulamentar autónomo. Prevê-se o recurso a delegações, de acordo com o artigo 80.º da Lei Fundamental, o Governo só pode intervir segundo modalidades estritas que limitam o objecto, o conteúdo e o alcance dos textos adoptados sob delegação e comportam o exercício de um controle exercido essencialmente pelo *Bundestag* (o *Bundesrat* intervém de forma consultiva, na maior parte dos casos) que aprova ou rejeita os decretos.

Os *Länder* participam na aplicação legislativa federal do Direito Comunitário por intermédio do *Bundesrat* com base nas disposições gerais relativas à repartição das competências entre a Federação e os *Länder*. A aplicação administrativa das regras comunitárias é normalmente exercida pelas autoridades dos *Länder*, excepto nos domínios onde existe uma administração federal (por exemplo em matéria de concorrência ou de alfândegas).

2.2. França

Em França, a determinação da autoridade chamada a assegurar a aplicação normativa do Direito Comunitário está, em princípio, ligada à partilha das matérias operada pelos artigos 34.º e 37.º da Constituição francesa. As medidas normativas de aplicação dos textos comunitários devem ser tomadas pelo poder legislativo nas matérias do artigo 34.º, sob reserva de lei de habilitação tomadas com base no artigo 38.º ou de utilização de habilitações anteriores pelo Governo, nas matérias do artigo 37.º. A aplicação das directivas nas matérias do artigo 34.º é assegurada pelo Parlamento ou pelo Governo em função de delegações e nas matérias do artigo 37.º ³⁵⁵.

O preceito do Decreto francês, de 14 de Março de 1953, exceptua a necessidade de publicação dos compromissos internacionais: “os regulamentos procedentes de uma organização internacional quando estes regulamentos se publiquem integralmente no jornal

³⁵⁵ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne. In MIRANDA, Jorge (org.) - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 717-798, especialmente p. 766-770 e 776.

oficial da organização, oferecido ao público, e quando esta publicação seja suficiente, em virtude das disposições expressas de uma convenção que obrigue a França, para estes regulamentos serem oponíveis aos particulares.”³⁵⁶.

Em França, a falta de poderes normativos das Regiões exclui a sua intervenção na aplicação normativa do Direito Comunitário. O respeito por aquele Direito impõe-se-lhes no exercício das suas diversas competências, como se impõe às outras comunidades locais e ao conjunto dos poderes públicos, de acordo com a jurisprudência do Conselho Constitucional (Conselho Constitucional decisão n.º 82-137, de 25 de Fevereiro de 1982) relativa ao artigo 55.º, sobre o controle do juiz administrativo. A existência de certas situações jurídicas particulares (Estatuto da Córsega e Estatutos dos territórios ultramarinos) pode, entretanto, criar problemas quanto a aplicação normativa, como testemunha a condenação da França, pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pela falta de transposição de directivas comunitárias por parte das assembleias dos territórios da Nova Caledónia e da Polinésia francesa (T.J.C.E., sentença de 12 de Dezembro de 1990, Comissão/França, C-263/88)³⁵⁷. Há, todavia, que constatar que em qualquer hipótese o Estado tem meios de impor às colectividades em falta o respeito das suas obrigações comunitárias³⁵⁸.

2.3. Itália

Em Itália, a Lei *La Pergola* nos artigos 2.º e 3.º prevê o princípio da adopção pelo Parlamento italiano de uma lei comunitária anual destinada a assegurar a adequação da ordem jurídica italiana à ordem jurídica comunitária. Um exame da conformidade da ordem interna com a ordem comunitária deve ser efectuado pelo Ministro para a coordenação das políticas comunitárias em consonância com o Ministro dos Assuntos Estrangeiros e outros ministros interessados, e um projecto de lei apresentado até 31 de Janeiro ao Conselho de Ministros com a exposição dos factos e fazendo o ponto da situação da jurisprudência comunitária. Este projecto deve ser apresentado às Câmaras parlamentares até Março seguinte (artigo 2.º). A lei prevista deve proceder à modificação ou à abrogação dos textos nacionais contrários às obrigações comunitárias, e adoptar as disposições necessárias ao funcionamento do Direito

³⁵⁶ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 301.

³⁵⁷ Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (RJC), 1988, p. I - 4611.

³⁵⁸ Ver: RIDEAU, Joel - *L'Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 782.

Comunitário derivado (eventualmente com o recurso a delegações legislativas, que já estavam previstas na lei *Fabbri* de 1987). A mesma lei é que irá autorizar o Governo a tomar as medidas de aplicação das directivas ou recomendações³⁵⁹.

De acordo com a doutrina italiana está fora de questão que no Direito Comunitário se encontram os caracteres de uma ordem jurídica que tem as suas próprias instituições e os seus procedimentos de criação e aplicação do direito. Esta ordem coexiste com a ordem jurídica italiana assim como com as dos outros Estados-membros e tem com elas um laço estreito, porque inclui entre os seus sujeitos os indivíduos e as entidades que tenham adquirido a personalidade dos direitos nacionais, uma vez que a sua incidência territorial compreende os territórios de todos os Estados-membros. Por outro lado, pressupõe as limitações da soberania que o artigo 11.º da Constituição italiana admite, em situação de igualdade com os outros Estados, como necessárias para uma ordem que se propõe assegurar a paz e a justiça ao nível internacional. Como consequência deve considerar-se legítima, em virtude do artigo 11.º, a substituição parcial do Parlamento nacional pelos órgãos comunitários e também a realização de todos os efeitos próprios das fontes comunitárias na ordem jurídica do Estado-membro.

A prioridade das normas comunitárias sobre as leis internas não conformes foi concebida, desde logo, como um resultado do controle da constitucionalidade das últimas e da aplicação do artigo 11.º da Constituição. Em seguida, a partir da sentença n.º 170, de 8 de Junho de 1984, o Tribunal Constitucional julgou que cabia ao juiz comum não aplicar o direito interno e aplicar no seu lugar o Direito Comunitário. Na sentença n.º 113, de 19 de Abril de 1985, o Tribunal precisou que o Direito Comunitário directamente aplicável incluía, não somente, os tratados institutivos das Comunidades e todo o direito daí decorrente, mas também os resultados das sentenças interpretativas do Tribunal de Justiça das Comunidades. Finalmente, na sentença n.º 168, de 18 de Abril de 1991, o Tribunal Constitucional, alinhando-se pela jurisprudência do T.J.C.E., reconheceu o efeito directo de uma directiva comunitária a partir do decurso do prazo no qual Itália deveria dar exequibilidade às suas normas, e como consequência declarou não aplicáveis, a partir da mesma data, as normas nacionais em contradição com um artigo destas directivas.

No que diz respeito ao funcionamento das fontes comunitárias, é preciso lembrar que a eficácia imediata dos regulamentos resulta dos tratados institutivos das Comunidades e que é

³⁵⁹ Ver: RIDEAU, Joel - *L'Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 770-772.

preciso ter em conta que só nas hipóteses em que certas disposições dos regulamentos são incompletas é que se justificam normas para as integrar, normas que cada Estado é chamado a produzir.

Resta ver se um controle da constitucionalidade é admissível para os regulamentos comunitários. A resposta, em princípio, só pode ser negativa, uma vez que se considera que os regulamentos têm os seus efeitos num direito diferente do italiano, mesmo se os sujeitos desta ordem jurídica representam uma parte dos seus destinatários. No entanto, o Tribunal Constitucional italiano fez sempre reservas quanto ao julgamento de legitimidade. Estas reservas consideram a hipótese em que os órgãos comunitários violem os princípios fundamentais da Constituição italiana, ou então, na eventualidade de se produzir, graças a ele, um atentado aos direitos inalienáveis da pessoa, que a lei italiana salvaguarde. Estas duas hipóteses foram confirmadas na sentença n.º 168, de 1991³⁶⁰.

Em Itália, a incidência crescente do Direito Comunitário nas competências regionais conduziu o legislador a procurar soluções tentando conciliar as necessidades de uma aplicação conforme ao Direito Comunitário e o respeito das competências regionais. A Lei *La Pergola* definiu, em 1989, as modalidades de intervenção das Regiões na aplicação do Direito Comunitário e consagrou o poder de substituição pelo Estado que já tinha sido reconhecido pela jurisprudência constitucional³⁶¹. Diz Francesco Capotorti que, no início, a maioria dos autores achava que pertencia apenas às autoridades do Estado executar no seu território as obrigações contraídas nas relações internacionais com outros Estados. Esta orientação foi partilhada pelo Tribunal Constitucional na sentença n.º 46, de 11 de Julho de 1961, e parecia concordar mais com a norma constitucional sobre a adaptação automática aos costumes internacionais (artigo 10.º) do que com a prática da lei ordinária de execução dos tratados. Isto é, julgava-se que em matéria de assuntos estrangeiros pertencia ao Estado aplicar tanto as normas de origem internacional como as comunitárias. Previa-se somente a possibilidade do Estado delegar às Regiões o direito de participar na aplicação dos actos comunitários, o Tribunal Constitucional pronunciou-se nesse sentido na sentença n.º 142, de 24 de Julho de 1972.

³⁶⁰ Ver: CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit International Public. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344, especialmente p. 234-237.

³⁶¹ Ver: RIDEAU, Joel - L'Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 781.

Quinze anos depois, o Tribunal mostrou ter adoptado um princípio diferente, a sentença n.º 304, de 30 de Setembro de 1987, reconheceu às Regiões o poder autónomo de aplicar o Direito Comunitário nos limites das suas competências constitucionais. Pouco tempo depois, a lei de 9 de Março de 1989, reconheceu que as Regiões tendo um estatuto especial podiam aplicar imediatamente, nas matérias da sua competência exclusiva, as directivas comunitárias e a mesma coisa podia ser feita por outras Regiões quanto às matérias compreendidas na sua competência concorrente. Em todo o caso, o limite do respeito das obrigações internacionais e comunitárias subsiste e abrange toda a competência regional como o declarou o Tribunal Constitucional em muitas das suas sentenças³⁶².

2.4. Bélgica

O problema da aplicação imediata, sem qualquer formalidade de recepção, do direito derivado das Comunidades Europeias, e mais genericamente das organizações internacionais, não é muito tratado pela doutrina belga e nem sempre claramente. Assim, J. Masquelin³⁶³ seguia o princípio segundo o qual os actos de direito derivado de uma organização internacional deviam ser aprovados pelas Câmaras cada vez que estas estivessem de acordo com os critérios definidos no antigo artigo 68.º, alínea 2, da Constituição. J. Verhoeven³⁶⁴ entende que a aprovação dada a um tratado institutivo de uma organização internacional implica a presunção da aprovação antecipada dos actos que esta está habilitada para adoptar. Outros autores fundam a aplicabilidade directa de tais actos no artigo 34.º - antigo artigo 25 *bis* - da Constituição, nos termos do qual “O exercício de poderes determinados pode ser atribuído por um tratado ou por uma lei a instituições de Direito Internacional público”. As condições de aplicabilidade interna do Direito Comunitário derivado são reguladas pelos próprios tratados. As jurisdições belgas não põem em causa a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades tendente a afirmar o princípio geral de aplicabilidade directa do direito derivado, generalizando, assim, o artigo 249.º do T.C.E. que prevê, expressamente, a aplicabilidade directa dos seus regulamentos. Convém, ainda, dizer uma palavra sobre as directivas que se dirigem aos Estados. Segundo K. Lenaerts, as directivas não se tornam

³⁶² Ver: CAPOTORTI, Francesco - Cours Général ..., cit., p. 238.

³⁶³ Citado por: BRIBOSIA, Hervé - Applicabilité Directe et Primauté des Traités Internationaux et du Droit Communautaire. In *Revue Belge de Droit International*. Bruxelles: Bruylant. Vol. XXIX: (1996 - 1), p. 33-89, especialmente pé-de-página n.º 39 da p. 42.

³⁶⁴ BRIBOSIA, Hervé - Applicabilité Directe ..., cit., pé-de-página n.º 39 da p. 42.

aplicáveis na ordem jurídica interna antes da sua incorporação formal na mesma³⁶⁵. Pode-se, todavia, duvidar que esta seja a posição actual do Tribunal de Justiça mesmo sendo verdade que a sua jurisprudência relativa à execução das directivas é livre de ambiguidades.

O Conselho de Estado reconheceu, implicitamente, a aplicação imediata das directivas - pelo menos após a expiração do prazo de transposição - uma vez que ele confere efeito a uma directiva ainda não transposta³⁶⁶.

Já dissemos que o Tribunal de Justiça generalizou, a partir do artigo 249.º do T.C.E. (artigo 189.º do T.C.E.E.), o princípio da aplicabilidade imediata do conjunto do direito derivado obrigatório. Na falta de disposição expressa nos tratados como na maior parte dos actos de direito derivado, o Tribunal de Justiça tende a fixar, eventualmente referindo-se ao artigo pré-citado, uma presunção geral favorável ao carácter directamente aplicável do Direito Comunitário, tanto convencional como derivado.

De uma maneira geral, as jurisdições belgas parecem reconhecer ao Tribunal de Justiça, por intermédio do recurso prejudicial organizado pelo artigo 234.º do T.C.E., o poder último de apreciação do carácter directamente aplicável de uma regra de Direito Comunitário na ordem interna, o que não os impede de aplicar, muitas vezes directamente, uma regra de Direito Comunitário sem recorrer ao dito mecanismo³⁶⁷.

A especificidade comunitária parece residir no reconhecimento pela ordem jurídica belga da competência exclusiva do Tribunal de Justiça para estatuir, como intérprete autêntico dos tratados comunitários, sobre a aplicabilidade imediata do direito derivado e sobre os efeitos directos do Direito Comunitário originário e derivado³⁶⁸.

Na Bélgica, faz-se, em princípio, apelo à intervenção do Parlamento para a aplicação normativa. Há disposições que habilitam o Governo a regular certas matérias de forma geral e disposições que habilitam especificamente o Governo a executar textos comunitários e, em particular, directivas. A constitucionalização do papel das Regiões e das comunidades culturais foi consagrado pela revisão de 1993.

As jurisdições ordinárias têm o poder de fazer prevalecer o direito comunitário sobre as normas regionais. Estes textos são aplicados pelas Regiões e comunidades em conjunto com o Estado, quando se trate de competências partilhadas, com a necessidade de determinar

³⁶⁵ M. Waelbroek entende que a expiração do prazo, imposto pela directiva para a transpor, torna-a aplicável na ordem interna. Citado pelo mesmo Autor, no pé-de-página n.º 40 da p. 43.

³⁶⁶ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 42-43.

³⁶⁷ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 53-54.

³⁶⁸ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe* ..., cit., p. 56.

um “departamento piloto”, só para as competências exclusivas. A lei especial de Maio de 1993 trouxe um elemento novo, uma vez que ela (artigo 16.º, § 3.º, da lei especial de reformas institucionais de 8 de Agosto de 1980, actualizado em 1993) reconhece às autoridades federais o direito de usar um poder de substituição para preservar o interesse nacional e para garantir o respeito pelas obrigações nacionais ou supranacionais (artigo 169.º da Constituição de 1994)³⁶⁹.

2.5. Luxemburgo

No Luxemburgo, os textos comunitários, e sobretudo as directivas, são normalmente aplicados pelo poder legislativo. Aquelas podem também ser aplicadas pela via regulamentar, quer com base na competência geral do poder executivo, de executar as leis (quando já existe uma lei naquele domínio e não é necessário alterá-la, mas apenas criar medidas de execução), quer com base em delegações legislativas específicas.

2.6. Holanda

Na Holanda, a intervenção do Parlamento é necessária para a aplicação normativa das directivas que tratam de questões novas ou implicam inovações importantes em relação aos textos anteriores, mas o Governo dispõe de amplos poderes regulamentares que podem ser estendidos por delegação.

A importância da autonomia reconhecida às Regiões e às colectividades locais leva-as a terem intervenção no funcionamento de certas directivas comunitárias, como complemento da intervenção das autoridades centrais, e mesmo em certos casos isoladamente. Existe também uma certa descentralização funcional a favor dos sindicatos de produtores e dos sindicatos profissionais que dispõem de competências regulamentares nos domínios do seu interesse³⁷⁰.

³⁶⁹ RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 776-777.

³⁷⁰ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 773 e 782.

2.7. Dinamarca

Na Dinamarca, o essencial da aplicação normativa é assegurada pelo Parlamento que preserva o seu monopólio, embora consentindo delegações ao Governo³⁷¹.

2.8. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte

No Reino-Unido, os parágrafos 2 e 4 da secção 2.^a do *European Communities Act*, que forma a base jurídica interna da adesão do Reino-Unido, prevêm que podem ser delegados amplos poderes ao executivo e que serão exercidos mediante *Orders in Council* ou por regulamentos de aplicação (*statutory instrument*)³⁷².

2.9. Irlanda

A lei relativa à adesão da Irlanda às Comunidades Europeias (*European Communities Act*) previa uma ratificação pelo Parlamento, num prazo de seis meses, de regulamentos adoptados pelo órgão executivo, mediante delegação, para assegurar a adaptação da legislação nacional ao Direito Comunitário. A modificação adoptada em 1973 (*European Communities (Amendment) Act*), motivada pela ineficácia desta disposição previa, a possibilidade de anulação dos regulamentos nacionais de aplicação no prazo de um ano, sem prejuízo de todos os actos que tivessem ocorrido anteriormente. A adopção dos regulamentos será acompanhada pela comissão parlamentar mista que pode recomendar a anulação dos actos adoptados, sempre que verifique uma violação das competências. Esta eventualidade nunca ocorreu e o poder do Governo parece ter sido consolidado pela jurisprudência do Tribunal Supremo. Este Tribunal condenou o recurso a circulares para a aplicação do Direito Comunitário, unindo-se assim à jurisprudência comunitária³⁷³.

³⁷¹ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 769.

³⁷² Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 774.

³⁷³ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 771.

2.10. Grécia

A Grécia recorreu às delegações legislativas com base no artigo 43.º da Constituição para assegurar a adaptação da legislação helénica às suas obrigações comunitárias, na ocasião e a seguir à sua adesão. O artigo 43.º serviu, posteriormente, de base jurídica a novas delegações³⁷⁴.

2.11. Espanha

Em Espanha, a lei n.º 47/85, de 27 de Dezembro de 1985, estabeleceu, em aplicação de disposições constitucionais, as bases da delegação ao Governo de poderes para o funcionamento do Direito Comunitário anterior à adesão. Foram tomadas medidas, em 1990, pelo Governo para acelerar a transposição de normas comunitárias. Diz a doutrina que, no que respeita ao direito espanhol, nenhuma norma constitucional ou de valor inferior considera a recepção dos actos das organizações internacionais com carácter geral. González Campos tem vindo a afirmar “que por analogia com o que dispõe a respeito dos tratados no artigo 96.º, n.º 1, do texto constitucional, poderia chegar-se à conclusão de que o direito espanhol exige a publicação no B.O.E. dos actos das organizações internacionais - à margem das Comunidades - que são directamente obrigatórios para os Estados-membros, em virtude do tratado constitutivo da Organização”. O tempo parece ter-lhe dado plenamente razão: o Conselho de Estado, no parecer de 9 de Setembro de 1993, a propósito da Resolução n.º 827 (1993), de 25 de Maio, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, pela qual se criava um Tribunal Internacional para julgar os crimes internacionais perpetrados na antiga Jugoslávia, considerava que “para os efeitos do artigo 96.º, n.º 1, da Constituição, as resoluções das organizações internacionais em que Espanha participe se assemelham aos tratados celebrados por Espanha, pelo que tais resoluções ficam automaticamente incorporadas no nosso direito interno uma vez que se tenham perfeccionado na esfera internacional e tenham sido publicadas no Boletim Oficial do Estado. Bastará, contudo, a publicação no diário oficial da organização de que se trate, quando assim se preveja no tratado constitutivo da organização.”³⁷⁵.

³⁷⁴ Ver: RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 771.

³⁷⁵ De acordo com: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - *Lecciones de Derecho ...*, cit., p. 301.

Assinala também que os actos das organizações internacionais não são completamente alheios ao ordenamento jurídico espanhol, o que é comprovado pela leitura do artigo 10.º, n.º 2, da Constituição. O citado preceito estabelece, como elementos de interpretação dos direitos e liberdades fundamentais proclamados pela Constituição, os tratados sobre a matéria em que Espanha seja parte, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, incorporada numa Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas e que como tal não tem valor jurídico obrigatório³⁷⁶.

Diz ainda a doutrina que a exigência de publicação oficial, a que se refere o artigo 96.º, n.º 1, da Constituição espanhola para os tratados internacionais, e que é extensível aos actos dos organismos internacionais, ficaria exceptuada pelo artigo 93.º para os actos das instituições comunitárias. Este preceito, como *lex specialis*, opera a atribuição do exercício de competências constitucionais, entre as quais se encontra a da publicação no boletim oficial, e desde a adesão de Espanha essa competência é exercida pelas instituições Comunitárias que publicam os referidos actos no jornal oficial das Comunidades Europeias de forma exclusiva³⁷⁷. Esta publicação oficial satisfaz o princípio da publicidade, essencial e irrenunciável no sistema jurídico espanhol e enunciado no artigo 9.º, n.º 3, da Constituição. Diz Gutiérrez Espada que a partir daqui o sistema comunitário substitui o constitucional e, portanto, se aquele estabelece o efeito imediato de certas resoluções, desde a sua publicação no jornal oficial das Comunidades (J.O.C.E.), é essa a regra a seguir³⁷⁸. A aplicação interna do Direito Comunitário está regulada de forma confusa e incompleta no 2.º parágrafo do artigo 93.º da Constituição: “Corresponde às Cortes Gerais ou ao Governo, segundo os casos, a garantia do cumprimento destes tratados e das resoluções emanadas dos organismos internacionais ou supranacionais titulares da cessão.” Se este preceito confia o cumprimento do Direito Comunitário às Cortes ou ao Governo não diz nada, não impõe, nem sequer recomenda um determinado procedimento - legislativo ou executivo - nem designa os órgãos que deverão assumir as medidas necessárias para a sua aplicação quando esta é confiada as autoridades internas, já que tais medidas, segundo reiterada jurisprudência do T.J.C.E., são adoptadas pelas autoridades internas “com o respeito das formas e procedimentos do Direito

³⁷⁶ Ver: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho** ..., cit., p. 303.

³⁷⁷ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 2001, p. 207 e 208.

³⁷⁸ Ver: ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995, p. 656-657.

nacional” com os únicos limites do respeito devido aos princípios de primazia, efeito directo e aplicação uniforme do Direito Comunitário.

A redacção deste parágrafo, que se refere à garantia do cumprimento, não é considerada muito correcta, pois a garantia ou responsabilidade do cumprimento do Direito Comunitário não corresponde em alguns casos ao Governo e noutros às Cortes, mas sim sempre ao Estado, ao Estado no seu conjunto, ou seja, a Espanha como Estado-membro³⁷⁹.

A regra segundo a qual pertence às autoridades do Estado, em virtude do artigo 93.º, garantir a boa execução dos tratados e das decisões emanadas das organizações internacionais, não implica, necessariamente, que as comunidades autónomas sejam privadas de todo e qualquer papel na aplicação das normas internacionais intervindo no âmbito das suas competências. O Tribunal Constitucional afirmou a necessidade de uma colaboração entre a administração central e as administrações das comunidades autónomas, imposta pela interpretação sistemática da Constituição e pela supremacia desta sobre os Estatutos. Numerosos assuntos opondo o Governo e as comunidades autónomas, a propósito das suas respectivas competências para adoptar as normas de aplicação do direito comunitário, têm sido submetidos ao Tribunal Constitucional, dando-lhe a oportunidade para confirmar as linhas da sua jurisprudência de 1988, a propósito das dificuldades que suscita a confrontação das regras à prática.

Só a Catalunha e o País Basco colocam em funcionamento e executam directamente o Direito Comunitário. Duas leis de delegação foram adoptadas pelos Parlamentos destas comunidades autónomas para autorizar os Governos autonómicos a tomar as medidas necessárias para a aplicação do Direito Comunitário. As outras comunidades intervêm, também, a diversos títulos na aplicação ou execução do Direito Comunitário.

A Constituição parece oferecer um conjunto de procedimentos que permitem controlar o respeito, por parte das Comunidades Autónomas, das suas obrigações internacionais e comunitárias: substituição pelo Estado da Comunidade Autónoma desrespeitadora (artigo 149.º, n.º 3); colocar as Comunidades Autónomas perante o Tribunal Constitucional ou perante a jurisdição administrativa (artigo 153.º); recurso a leis harmonizadoras (artigo 150.º n.º 3); execução forçada (artigo 155.º). O Tribunal Constitucional confirmou a possibilidade

³⁷⁹ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 198 e ss..

de utilizar estes mecanismos coercivos privilegiando a intervenção de substituição (Tribunal Constitucional, sentença n.º 79/92 de 28 de Maio de 1992)³⁸⁰.

Para Díez de Velasco, apesar do silêncio dos artigos 93.º e 148.º da Constituição espanhola e da atribuição das “relações internacionais” como competência exclusiva do Estado (artigo 149.º, n.º 1. 3), o desenvolvimento e a execução de um tratado ou de um acto de direito derivado não é uma relação internacional, mas sim uma actividade interna que se deve desenvolver no estrito respeito pela Constituição, que reconhece e protege a estrutura autonómica e os Estatutos de Autonomia. Com fundamento no citado princípio de autonomia institucional e procedimental, o T.J.C.E. declarou que “cada Estado membro é livre de atribuir, como julgue oportuno, as competências no plano interno e de aplicar uma directiva através de medidas adoptadas pelas autoridades regionais ou locais” (sentença n.º 97/81, *Comisión c. Países Bajos*, de 25 de Maio de 1982). Definitivamente, as Comunidades Autónomas podem aplicar o Direito Comunitário adoptando as medidas de desenvolvimento e de execução necessárias para dar cumprimento ao Direito Comunitário no âmbito das competências que tenham assumido nos seus Estatutos de Autonomia³⁸¹.

2.12. Portugal

Em Portugal, o funcionamento do Direito Comunitário tem em conta a repartição de competências entre os diferentes órgãos legislativos que são: a Assembleia da República, o Governo e as Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e Madeira³⁸² (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 184/89, de 1 de Fevereiro)³⁸³. De acordo com o artigo 112.º, n.º 9, “a transposição de directivas comunitárias para a ordem jurídica interna assume a forma de lei ou de decreto-lei, conforme os casos”. A competência legislativa da Assembleia da República está prevista nos artigos 161.º, alínea c), 164.º e 165.º da Constituição, sendo que o artigo 164.º indica as matérias que são de competência legislativa exclusiva e absoluta da Assembleia e o artigo 165.º as que são de competência exclusiva mas de reserva relativa, isto é, aquelas em que o Governo pode ser autorizado a legislar pela Assembleia, artigos 161.º, alínea d), 165.º n.º 1 e 198.º, n.º 1, alínea b). O Governo tem uma matéria de sua competência

³⁸⁰ Ver: RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 775-780.

³⁸¹ Ver: Díez DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho** ..., cit., p. 210.

³⁸² Ver: RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 774.

³⁸³ Ver: Diário da República, I série, n.º 57.

exclusiva, a relativa à sua organização e funcionamento, artigo 198.º, n.º 2, pode desenvolver leis de bases de acordo com o artigo 198.º, n.º 1, alínea c), e ainda legislar sobre todas as matérias não reservadas à Assembleia da República, artigo 198.º, n.º 1, alínea a). As Assembleias Legislativas Regionais emanam os decretos legislativos regionais e a sua competência é material e territorialmente limitada, isto é, só podem legislar sobre matérias de interesse específico para a Região, que não estejam reservadas aos órgãos de soberania, tendo de respeitar a Constituição e as leis gerais da República, artigo 227.º, n.º 1, alíneas a), b) e c). A intervenção dos Açores e da Madeira na aplicação dos textos comunitários, no domínio das suas competências, inscreve-se no respeito pela repartição de competências constitucionais entre os diferentes órgãos legislativos³⁸⁴. O Artigo 112.º, n.º 9, ao estabelecer que a transposição, para a ordem jurídica interna das directivas comunitárias, deve assumir a forma de lei ou de decreto-lei, significa que essa tarefa tem de ser levada a cabo pela Assembleia da República ou pelo Governo, respectivamente, de acordo com a matéria em causa, e que tal transposição não pode ser feita por via regulamentar ou pelos poderes administrativos³⁸⁵.

2.13. Suécia

Na Suécia, o legislador intervém para a aplicação dos textos que dizem respeito a competências do Parlamento, nos outros domínios o Governo intervém por via de diplomas administrativos³⁸⁶.

2.14. Áustria

Na Áustria, o Governo pode intervir para a aplicação do Direito Comunitário. Admite-se que os *Länder* apliquem os textos europeus nos domínios próprios das suas competências. O n.º 5.º do artigo 23.º d da Constituição enuncia a obrigação dos *Länder* tomarem as medidas necessárias para a execução, no âmbito das suas competências, dos actos europeus. No Caso

³⁸⁴ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 782.

³⁸⁵ Sobre a questão pode ver-se: MIRANDA, Jorge - O Direito Constitucional Português da Integração Europeia - Alguns Aspectos. In "Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976". Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 15-63, especialmente p. 44.

³⁸⁶ RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 766-775.

de um *Länd* não cumprir esta obrigação, a respectiva competência transfere-se para a Federação³⁸⁷.

2.15. Finlândia

Na Finlândia a questão da aplicabilidade coloca-se apenas em relação aos órgãos do poder central, no entanto, as Comunas têm competências importantes, em matérias como, energia, transportes e ambiente, e nessas áreas devem colocar em funcionamento o Direito Comunitário. Já as Regiões não têm competência para tal, uma vez que não possuem poderes normativos autónomos³⁸⁸.

Relativamente aos últimos Estados aderentes, ainda não são possíveis análises profundas em virtude do carácter recente da adesão dos mesmos.

3. Abordagem Jurisprudencial (T.J.C.E. e os tribunais nacionais)

A doutrina dos dois ordenamentos, fruto da actuação judicial, tolerada pelos Governos dos Estados, coloca os juízes nacionais numa situação extremamente difícil, uma vez que os obriga a actuar de acordo com regras que, por definição, não formam parte do ordenamento que lhes atribui o poder de julgar o caso concreto e para as quais, pelo menos no caso do direito derivado, este ordenamento não reenvia de modo expresse³⁸⁹. Salvo nos poucos casos em que se incorporou na Constituição preceitos que estabelecem o efeito directo e a primazia

³⁸⁷ RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 769.

³⁸⁸ RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions ...*, cit., p.781.

³⁸⁹ O activismo do Tribunal é um facto genericamente admitido. A tolerância deste activismo deve-se à inexistência de supranacionalismo decisório e da sua improvável manutenção à medida em que este último se torna uma realidade. Ver em: RUBIO LLORENTE, Francisco - *Constitucion Europea O Reforma Constitucional?* In MIRANDA, Jorge (org.) - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 695-717, especialmente pé-de-página n.º 33, da p. 707.

do Direito Comunitário³⁹⁰, a vinculação ao direito europeu só se conseguiu em virtude de construções jurisprudenciais escassamente consistentes e extremamente frágeis.

O problema que essa vinculação suscita apresenta-se com características distintas nos países que contam com um sistema de jurisdição constitucional e nos que carecem dela. Nestes últimos, nos quais, por definição, o juiz não pode questionar a constitucionalidade das normas vigentes, a aplicação do direito europeu é problemática quando esse direito está em conflito com uma norma legal posterior. Se a norma europeia pertence ao direito originário, a sua aplicabilidade é função do que no correspondente ordenamento se disponha a respeito dos tratados internacionais, tratando-se do direito derivado, a respeito do qual os ordenamentos internos não contêm previsões, o juiz interno só pode apoiar-se, na doutrina do Tribunal de Justiça das Comunidades (T.J.C.E.) ou numa aplicação analógica das disposições respeitantes aos tratados, algo que, em todo o caso, não é facilmente conciliável com uma cultura jurídica que tem como princípio a sujeição do juiz à lei.

Mais graves são os termos em que o problema da vinculação do juiz ao direito europeu, de acordo com o exigido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, se coloca nos Estados dotados de jurisdição constitucional, especialmente quando esta se organiza, como é comum na Europa, sob a forma de jurisdição concentrada. Ao problema que gera a colisão entre Direito europeu derivado e norma legal interna, que a existência de um controle de constitucionalidade situa num marco distinto, soma-se o que pode resultar da falta de concordância entre esse Direito e a Constituição.

Nestes sistemas, a colisão entre Direito Comunitário e direito interno poderia ter sido construída como um vício de inconstitucionalidade deste, uma vez que a primazia daquele deriva, em último caso, da cláusula constitucional de abertura e assim se tentou fazer em Itália. Esta construção reflectiu-se na sentença *Simmenthal*, de Março de 1978. Foi esta sentença que levou o Tribunal Constitucional italiano a mudar de doutrina, que plasmou na sentença *Granital*, que parece “desconstitucionalizar”, por assim dizer, a relação entre Direito Comunitário e direito interno. Teve sem dúvida a vantagem da sua clareza mas também a desvantagem de privar o cidadão de uma acção eficaz perante o Tribunal Constitucional,

³⁹⁰ Assim na Holanda - artigo 94.º e em Portugal - artigo 8.º, n.º 3, onde se deu base constitucional ao efeito directo e à supremacia do direito derivado. A existência de reformas é a melhor prova da extrema debilidade da doutrina dos dois ordenamentos para assegurar a efectiva vigência do Direito Comunitário. Ver: RUBIO LLORENTE, Francisco - *Constitucion Europea ...*, cit., pé-de-página n.º 34, da p. 708.

quando o juiz ordinário não aplica o Direito Comunitário³⁹¹. Próprio destes sistemas é o problema do controle da constitucionalidade do Direito Comunitário. A possibilidade deste controle, negada pelo Tribunal de Justiça em virtude da primazia deste direito face ao interno “de qualquer valor que este seja”, deu lugar na Alemanha e em Itália a uma complexa doutrina que, em resumo, se concretiza na afirmação de que os respectivos tribunais, sem abdicar da sua competência para o exercício desse controle, em relação aos actos internos de aplicação do Direito Comunitário, renunciam a exercê-la até que a Comunidade assegure para tais direitos uma protecção equivalente à que oferece o próprio sistema constitucional. A abertura da Comunidade aos direitos fundamentais coloca-se em termos novos após a opinião, 2/94, do Tribunal de Justiça, de 28 de Março de 1996, em que declara que “no Estado actual do Direito Comunitário a Comunidade não tem competência para aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem”³⁹².

Tendo em conta que as Comunidades Europeias são Comunidades de Direito, a virtualidade do princípio da legalidade comunitária comporta quer o respeito pela hierarquia normativa quer pela unidade de interpretação das normas comunitárias.

A cooperação entre as jurisdições comunitária e nacional deve conjugar-se com um princípio de extraordinária importância que é o da separação e mútuo respeito entre estas duas jurisdições³⁹³.

O efeito directo das normas de Direito Comunitário, e consequentemente o direito dos particulares a alegá-las para se defenderem perante as jurisdições internas, foi claramente afirmado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a partir da sua sentença *Van Gend & Loos*, de 5/2/1963. Nesta afirmou: “(...) o Direito Comunitário, independentemente da legislação dos Estados-membros, do mesmo modo que impõe obrigações aos particulares está destinado também a originar direitos que se introduzem no seu património jurídico os quais nascem não só quando uma atribuição explícita é feita pelos tratados, mas também em virtude das obrigações que os tratados impõem de uma maneira bem definida aos particulares,

³⁹¹ Um exemplo dos riscos que essa situação comporta oferece-o uma sentença [STC n.º 45/1996] do Tribunal Constitucional espanhol que, desde 1991, acolheu a doutrina *Simmmenthal*. Nesta sentença o Tribunal Constitucional prescinde, totalmente, da natureza específica do Direito Comunitário ao sustentar que a eleição da norma aplicável é competência exclusiva do juiz e, sobretudo, ao identificar com o regime da questão de inconstitucionalidade aquele que, para a questão prejudicial, estabelecia o artigo 177.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia, actual artigo 234.º do T.C.E.. Ver: RUBIO LLORENTE, Francisco - *Constitucion Europea ...*, cit., pé-de-página n.º 37, da p. 710.

³⁹² RUBIO LLORENTE, F. - *Constitucion Europea ...*, cit., p. 707-711 e pé-de-página n.º 37, da p. 710.

³⁹³ PALÁEZ MARÓN, José Manuel - *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 162.

aos Estados-membros e às instituições comunitárias”. Desde aí, a jurisprudência do T.J.C.E. foi precisando as categorias de normas comunitárias que têm efeito directo. Segundo o T.J.C.E. as normas dos tratados, os regulamentos e as decisões dirigidas aos particulares podem produzir efeitos directos tanto nas relações entre particulares e poderes estatais (efeito vertical) como nas relações entre particulares (efeito horizontal).

Por outro lado, de acordo com a jurisprudência comunitária mais discutida, mas que hoje parece claramente consolidada, o T.J.C.E. estabeleceu também que as normas contidas em decisões dirigidas aos Estados-membros assim como as directivas podem produzir efeito directo de carácter “vertical”. Em todo o caso deve tratar-se de disposições que imponham obrigações suficientemente precisas que não deixem aos Estados margem de apreciação quanto às normas de direito interno que devam ditar para lhes dar cumprimento.

O certo é que o próprio Tribunal de Justiça das Comunidades começou a reagir face aos efeitos negativos da sua própria jurisprudência e começou a afirmar mais rotundamente a obrigação de interpretar o Direito nacional de acordo com as directivas comunitárias, incluindo a resposta afirmativa à questão de o juiz nacional poder apreciar *ex officio* a conformidade de uma legislação interna com uma directiva, cujo prazo de transposição pelo direito interno já expirou.

Cabe também assinalar a importante sentença do T.J.C.E. nos casos *Francovich y Bonifaci*, de 19/11/1991, em que declarou pela primeira vez a responsabilidade de Direito Comunitário de um Estado, neste caso de Itália, pela não transposição de directivas para o direito interno, cujas disposições, mesmo que não sejam completamente precisas e incondicionais, permitem identificar os direitos atribuídos aos particulares³⁹⁴.

Diz Caeiro Pitta que o Tribunal das Comunidades tem afirmado repetidamente o efeito directo das disposições dos tratados, quer no que se refere ao direito dos particulares de invocar contra o seu Estado, perante uma jurisdição nacional, os efeitos imediatos decorrentes de uma obrigação imposta pelo tratados aos Estados-membros, - “efeito vertical” (sentença n.º 26/62, *Van Gend & Loss*, de 5/2/63³⁹⁵, sentença n.º 6/64, *Costa/ENEL*, de 15/7/64³⁹⁶, sentença

³⁹⁴ Ver: MARINO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1995, p. 545 a 548. Ver também CHITI, Mario P. - La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o "Monstro simile"? In *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. Milano: Giuffrè Editore. N.º 3/4: (1996), p. 591-613, especialmente p. 598-604.

³⁹⁵ Ver: In *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (RJC)*, 1963, p. 9.

³⁹⁶ Ver: In *Recueil ...*, 1964, p. 1162 e 1164.

n.º 13/68, *Salgoil*, de 19/12/68³⁹⁷, e sentença n.º 74/76, *Iannelli*, de 23/3/77, considerando n.º 13), quer no que se refere a certas normas que, em virtude da sua natureza, dispõem de um efeito mais completo extensivo às relações entre particulares - “efeito horizontal” (sentença n.º 13/61, *Bosch*, de 6/4/62³⁹⁸, relativo ao efeito dos artigos 85.º e 86.º do tratado em matéria de concorrência, e sentença n.º 167/73, *Comissão das Comunidades Europeias c/ República Francesa*, de 4/4/74)³⁹⁹.

O efeito directo dos regulamentos foi igualmente afirmado, desde 1971, na jurisprudência do Tribunal (sentença n.º 43/71, *Politi*, de 14/12/71)⁴⁰⁰, mesmo em relação a normas de Direito Constitucional (sentença n.º 93/71, *Leonesio*, de 17/5/72)⁴⁰¹. No que respeita às directivas e decisões, o Tribunal reconheceu igualmente o respectivo efeito directo “vertical”, exigindo que a norma comunitária seja clara e não ambígua, incondicional e não dependa de qualquer acção posterior das autoridades nacionais ou comunitárias (sentença n.º 9/70, *Grad*, de 6/10/70⁴⁰², considerando n.º 15, sentença n.º 41/74, *Van Duyn*, de 4/12/74⁴⁰³, sentença n.º 57/65, *Lutticke*, de 16/6/66)⁴⁰⁴, encaminhando-se a jurisprudência do Tribunal no sentido do reconhecimento do “efeito horizontal” das directivas.

No que respeita aos acordos internacionais concluídos pela Comunidade, o Tribunal reconheceu que certas disposições “podem ser invocadas pelas jurisdições enquanto elementos do Direito Comunitário” (sentença n.º 87/75, *Bresciani*, de 5/2/76)⁴⁰⁵.

O T.J.C.E. tem afirmado de forma clara e sistemática o princípio de que “as disposições de um acordo fazem parte integrante, a partir da sua entrada em vigor, da ordem jurídica comunitária”. Ele precisou que quanto ao seu efeito “uma disposição de um acordo concluído entre a Comunidade e países terceiros deve ser considerada de aplicabilidade directa, desde que de acordo com os seus termos, como com o seu objecto e a sua natureza, ela comporta uma obrigação clara e precisa, que não é subordinada na sua execução ou nos seus efeitos à intervenção de qualquer acto posterior”. Para todas estas normas o Tribunal entende que qualquer regra nacional contrária é ineficaz, não podendo o juiz nacional aplicá-

³⁹⁷ Ver: in *Recueil* ..., 1968, p. 673.

³⁹⁸ Ver: in *Recueil* ..., 1962, p. 97

³⁹⁹ Ver: in *Recueil* ..., 1974, p. 359.

⁴⁰⁰ Ver: in *Recueil* ..., 1971, p. 729.

⁴⁰¹ Ver: in *Recueil* ..., 1972, p. 296 e 197 até n.ºs 19, 22 a 24.

⁴⁰² Ver: in *Recueil* ..., 1970, p. 838.

⁴⁰³ Ver: in *Recueil* ..., 1974, p. 1384.

⁴⁰⁴ Ver: in *Recueil* ..., 1966, p. 294.

⁴⁰⁵ Ver: in *Recueil* ..., 1976, p. 136.

la ainda que seja posterior à norma comunitária (sentença n.º 34/67, *Luck*, de 4/4/68⁴⁰⁶, sentença n.º 120/73, *Lorenz*, de 11/12/73⁴⁰⁷, sentença n.º 106/77, *Simmenthal*, de 9/3/78⁴⁰⁸, considerando n.º 17).

3.1. Aplicabilidade directa dos Tratados e dos Regulamentos

A respeito das “obrigações de fazer” na sentença *Lutticke* (n.º 57/65, de 16/06/1966) o Tribunal fixou que os tratados também geram direitos para os particulares que as jurisdições devem proteger. Com efeito, quando uma norma, clara e incondicional, estabelece uma obrigação de eliminar ou modificar as disposições contrárias aos princípios comunitários, em determinado prazo, o incumprimento da obrigação de fazer transforma-a em obrigação de abster-se de aplicar aquelas normas que a autoridade em questão devia ter eliminado ou modificado.

O efeito directo é também invocável não só nas relações do particular com a administração pública, mas também nas relações entre particulares ou relações horizontais nas quais o sujeito da obrigação reclamada é um particular. Quando a norma impõe aos Estados uma obrigação de resultado que devia ser imperativamente realizada num prazo determinado, essa obrigação de resultado deve ser aplicada directamente entre particulares (ver sentenças n.º 36/74, *Walrave*, de 12/12/1974, e n.º 43/75, *Defrenne II*, de 8/04/1976, fundamento 39).

A mesma eficácia plena é reconhecida ao regulamento quanto à criação de direitos e obrigações, tanto em relação às obrigações de fazer como de não fazer bem como em relação às relações verticais e às horizontais, pela sua própria natureza e pela sua função no sistema de fontes do Direito Comunitário, disse o Tribunal de Justiça das Comunidades, na sua sentença, n.º 43/71, *Politi*, de 14/12/1971, fundamento 9, que “de acordo com o art. 189.º do T.C.E.E. (actual 249.º do T.C.E.) o regulamento produz efeitos imediatos e, enquanto tal, confere aos particulares direitos que as jurisdições nacionais devem proteger e que este efeito se opõe à aplicação de qualquer medida legislativa, inclusive posterior, incompatível com as suas disposições”. O T.J.C.E. fez também importantes precisões na sentença n.º 93/71, *Leonesio*, de 17/05/1972, fundamento 6 e 22, e reiterou em muitas sentenças que o regulamento pelas suas características não oferece dúvidas quanto ao seu efeito directo, mas

⁴⁰⁶ Ver: in *Recueil* 1968, p. 370.

⁴⁰⁷ Ver: in *Recueil* 1973, p. 1483.

⁴⁰⁸ Ver: in *Recueil* 1978, p. 629.

também advertiu na sentença n.º 9/73, *Schlüter*, de 24/10/1973, que não é a forma ou a denominação o que confere a eficácia directa: as disposições de um regulamento para que tenham efeito directo, devem reunir os requisitos exigidos de clareza, precisão e não deixar margem de apreciação às autoridades⁴⁰⁹.

3.2. Aplicabilidade directa das Decisões e das Directivas

O T.J.C.E. aceitou, pela primeira vez, na sentença n.º 9/70, *Grad*, de 6/10/70, fundamento 5, a invocabilidade de uma decisão relacionada com uma directiva e afirmou que, para além dos regulamentos, “outros actos” contemplados pelo art. 249.º T.C.E. (na altura artigo 189.º do T.C.E.E.) como as decisões e as directivas, dado o seu carácter obrigatório, poderiam produzir efeitos análogos. Uma vez que uma decisão é obrigatória em todos os seus elementos para o destinatário que designe, seria incompatível com esse carácter a exclusão da sua invocabilidade e o seu efeito útil ver-se-ia debilitado se não se pudesse fazer valer a conduta estabelecida na decisão perante as jurisdições nacionais. O Tribunal reconhece que se bem que os efeitos de uma decisão não sejam idênticos aos de um regulamento, essa diferença não exclui que o resultado final seja o mesmo: fazer valer o direito, que a norma obrigatória gera, perante as autoridades públicas. O Tribunal segue uma linha coerente nestas sentenças, abstrai da qualificação formal ou nominal do acto de Direito derivado. Na sentença n.º 33/70, *SACE*, de 17/12/1970, segundo o Tribunal “convém, pois, examinar em cada caso se a natureza, a economia e os termos da disposição são susceptíveis de produzir efeitos directos nas relações entre o destinatário do acto e terceiros”, e ainda nas sentenças n.º 20/70, *Lesage*, e n.º 23/70, *Haselhorst*, de 21/10/1970, fundamento 6, aceitou a aplicação directa de uma disposição de uma directiva, cujo prazo de execução já tinha vencido, em combinação com outros preceitos dos tratados. Esta sólida e coerente jurisprudência leva a pensar, como o faz o antigo juiz do T.J.C.E., P. Pescatore, que o Tribunal considera a eficácia directa como “o Estado de coisas normal” e que “qualquer norma de Direito Comunitário, qualquer que seja a

⁴⁰⁹ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. 2.ª ed.. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 201-202. Também LOPEZ-CASTILLO, Antonio - **Constitución e Integración: El Fundamento Constitucional de la Integración Supranacional Europea en España y en RFA**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 443-447; CAMPOS, João Mota de - **As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985, p. 299 e ss..

sua forma e a sua fonte, foi instituída para ser operativa na prática”, e só se pode “afastar a sua aplicação nos casos excepcionais em que se demonstre que é inoperante, quer pelo seu conteúdo, quer por outras circunstâncias”. Não é um problema de natureza jurídica, o seu conteúdo nos dirá se produz consequências práticas.

Quando o T.J.C.E. estendeu a eficácia directa, em certas condições, às directivas, causou certa perplexidade e em alguns casos oposição (Conselho de Estado em França). Com efeito, uma directiva correctamente executada dentro do prazo, não gera por si mesma direitos e obrigações para os particulares a não ser através da norma de transposição ou aplicação adoptada pelo Estado-membro.

Na sentença *Van Duyn*, de 4/12/74, fundamentos 12 e 13, o problema colocado era a invocabilidade de um artigo de uma directiva e o T.J.C.E. determinou que o recurso prejudicial, regulado, hoje, no artigo 234.º T.C.E. “permite às jurisdições nacionais recorrer ao Tribunal sobre a validade e a interpretação de todos os actos das instituições, sem distinção”, o que implica que também as directivas são susceptíveis de serem invocadas perante os juízes nacionais. De novo, o T.J.C.E. utiliza um argumento baseado na “vontade dos Estados” expressa nos tratados ao criarem o procedimento prejudicial, em perfeita coerência com a sua argumentação geral sobre o efeito directo na sentença *Van Gend & Loos*.

Por isso, ainda que uma directiva não seja na sua totalidade susceptível de efeito directo, isso não impede que alguma ou algumas das suas disposições possam ser invocadas pelos particulares e aplicadas pelos poderes públicos.

Seria nas sentenças n.º 148/78, *Ratti e Becker*, de 5/04/1979, fundamento 24 e n.º 87/81, de 19/01/1982, fundamento 20, que o T.J.C.E. sistematizou e aprofundou a sua doutrina do efeito directo das directivas perante a contestação que se tinha gerado no Conselho de Estado em França e as dificuldades levantadas na Alemanha nos tribunais financeiros regionais e federal. Na primeira, o T.J.C.E. declarou que um Estado-membro não pode aplicar a sua lei interna, ainda que seja a lei penal (o efeito despenalizador de qualquer norma comunitária que autorize condutas proibidas pela lei penal interna foi confirmado em outras sentenças relativas a directivas não executadas ou mal executadas: sentenças, de 23/02/1995, *Bordessa, Marí Mellado e Barbero Mestre*, C-358/93 e C-416/93 e de 14/12/1995, *Sanz de Lera, Díaz Jiménez y Kopanoglu*, C-163/94, C-165/94 e C-250/94), depois de expirado o prazo fixado para a sua aplicação a uma pessoa que tenha seguido a

directiva. Observa-se, claramente, nas duas sentenças, que o T.J.C.E. condiciona a invocabilidade de uma directiva e o seu efeito directo às seguintes circunstâncias:

- a expiração do prazo dado aos Estados para a sua adaptação;
- a ausência, insuficiência ou deficiências na adaptação;
- que a disposição invocada de uma directiva cumpra os requisitos gerais do efeito directo, que, desde o ponto de vista do seu conteúdo, seja uma disposição suficientemente precisa e incondicional.

Quando se reúnem as condições para a invocabilidade de uma directiva, o alcance da sua eficácia directa não tem a plenitude da eficácia directa dos tratados e dos regulamentos. Só se fala de direitos dos particulares frente ao Estado. Na directiva, o efeito directo está restringido, isto é, cria direitos para os particulares exigíveis perante o Estado. É um efeito directo vertical “unidireccional”: não pode gerar obrigações para o particular perante o Estado nem perante outros particulares.

Na sua doutrina sobre a eficácia directa das directivas, o T.J.C.E. funda-se no carácter obrigatório do conteúdo da directiva para o Estado-membro, daí que o Estado tenha de suportar a alegação dos direitos que a directiva reconhece aos particulares se o próprio Estado não cumpre as suas obrigações de acordo com o conteúdo da directiva. Com efeito, há que distinguir um duplo conteúdo obrigacional numa directiva:

- por um lado, entre a obrigação do Estado de transpor a directiva (primeira obrigação que compete sempre ao Estado) e,
- por outro, as obrigações que o próprio texto da directiva possa impor ao Estado, quando se trate de obrigações a cargo do Estado.

Assim, o Estado-membro que não tenha adoptado, dentro dos prazos previstos, as medidas de execução impostas por uma directiva, não pode opor aos particulares o incumprimento, em que ele próprio incorreu, das obrigações que lhe impunha a directiva. Portanto, não pode aplicar uma norma interna que devia ter eliminado ou modificado para adaptá-la à directiva, esta deve prevalecer sobre toda a disposição nacional não conforme à directiva (conclusões do Advogado-geral Jean Misho no caso *Busseni*, de 22/2/1990, C-221/88, fundamento 52). O T.J.C.E. afirmou que “em todos os casos em que disposições de uma directiva aparecem, desde o ponto de vista do seu conteúdo, como incondicionais e suficientemente precisas, estas disposições podem ser invocadas, mesmo na falta de medidas

de aplicação adoptadas nos prazos, contra toda a disposição nacional não conforme com a directiva”, sentença n.º 38/77, *Enka*, de 23/11/1977.

O carácter imperativo da obrigação imposta aos Estados-membros pelo artigo 249.º do T.C.E. (antigo artigo 189.º do T.C.E.E.) ver-se-ia privado de toda a eficácia se permitisse aos Estados-membros anular, por sua omissão, os efeitos que em virtude do seu conteúdo podem produzir algumas disposições de uma directiva (sentença *Becker*, fundamento 29). Quando se fala em Estado a noção abarca todas as administrações públicas: estatal, autonómica, provincial, local e institucional. O facto de o T.J.C.E. ter reiterado que o efeito directo significa que se geram direitos que as jurisdições estão obrigadas a salvaguardar, levou a certa confusão até pensar-se que a invocabilidade do efeito directo só era possível se iniciasse um processo judicial.

O Tribunal saiu em socorro desta confusão na sentença n.º 103/88, *Costanzo*⁴¹⁰, de 22/06/89, fundamentos 30 a 33, opondo-se a essa interpretação pois seria contraditório permitir aos particulares a invocabilidade perante os juízes para que estes exijam a sua aplicação pela Administração e considerar que esta não tem a obrigação de aplicar as disposições de uma directiva. Se uma directiva é invocável perante os juízes é “porque as obrigações derivadas das suas disposições se impõem a todas as autoridades nacionais dos Estados-membros”. Em consequência afirmou que se se reúnem as condições requeridas para a invocabilidade de uma directiva, todos os órgãos da administração, incluídas as autoridades descentralizadas, como os municípios, têm a obrigação de aplicá-la e de afastar a aplicação das disposições do Direito nacional que não lhe sejam conformes (em outras sentenças anteriores o Tribunal já se tinha referido com clareza, ainda que sem indicar cada uma das autoridades afectadas, à sujeição ao princípio do efeito directo das directivas, de todas as autoridades dos Estados-membros: assim, as sentenças n.º 14/83, *Von Colson Kamann*, de 10/04/1984, fundamento 26, que afecta a administração penitenciária, e n.º 31/87, *Gebroeders Beentjes c. Países Baixos*, de 20/09/1988, fundamento 39, sobre contratos públicos).

O T.J.C.E. afirmou também que quando os particulares “podem invocar uma directiva contra o Estado, podem fazê-lo qualquer que seja a qualidade em que este actue”. Quer actue na sua qualidade de autoridade pública, quer actue de forma análoga a um empresário, “o

⁴¹⁰ Igualmente o Tribunal declarou que uma directiva pode ser invocada face a autoridades constitucionalmente independentes encarregadas da manutenção da ordem e da segurança pública - sentença n.º 222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, de 15/05/1986.

Estado não pode tirar vantagens de ter ignorado o Direito Comunitário” (sentença n.º 152/84, *Marshall*, de 26/02/1986, fundamento 49).

O T.J.C.E. chegou a considerar no assunto *Foster* (sentença, *Foster*, C-188/89, de 12/07/1990, fundamentos 20 e 22) que as disposições de uma directiva susceptível de ter efeitos directos podem invocar-se perante “um organismo que, qualquer que seja a sua forma jurídica, tenha sido encarregado, em virtude de um acto de autoridade pública, de cumprir, sob o controle desta última, um serviço de interesse público e que disponha, para este fim, de poderes exorbitantes em relação às normas aplicáveis nas relações entre particulares”. A noção de Estado para os fins do efeito directo é ampla conforme à regra da unidade orgânica e funcional do Estado. Mas a jurisprudência *Foster* é excessiva e de facto inaplicável dada a multiplicidade das conexões das administrações públicas com o âmbito privado, o facto de existir algum tipo de controle público sobre um organismo privado não justificaria a invocabilidade de uma directiva.

Quanto ao alcance da noção de particular, o Tribunal não fez reparos a que um poder público, como um município, invocasse uma directiva face ao poder central e fosse considerado “assimilado aos particulares”. Se a noção de Estado é funcional e aleatória, também o é a de particular. Para além disso no assunto *C.E.C.A. c. Acerías Busseni* (sentença C-221/88 de 22/02/1990), o T.J.C.E. não se refere aos particulares mas sim aos “justificáveis” (aqueles que podem submeter-se ao tribunal), termo que vem usando com frequência desde aí. No fundo da questão não há nada a objectar ao T.J.C.E., excepto o seu silêncio. Pois o relevante é o cumprimento de uma norma obrigatória e não o carácter, público ou privado, do sujeito que alega o conteúdo obrigacional que o Estado-membro deve cumprir.

Como a directiva é obrigatória unicamente para o Estado, no caso de impor obrigações aos particulares, o Estado não pode exigir o cumprimento de tais obrigações aos particulares afectados, não há efeito directo vertical “inverso”, a directiva não pode ser invocada contra um particular. Nas sentenças n.º 14/86, *Pretore de Saló*, de 11/06/1987, em especial fundamentos 19 e 20 e n.º 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen “Aguas Minerales”*, de 8/10/1987, fundamento 14, o T.J.C.E. respondeu que de uma directiva não transposta na ordem interna não podem resultar obrigações para os particulares nem a respeito de outros particulares (relações horizontais) nem a respeito do Estado (relações verticais). Precisava assim, com toda a clareza, a afirmação implícita na sentença *Marshall*. Para além disso, afirmou que “uma directiva não transposta não pode ter, por si mesma e independentemente da legislação

nacional de execução, o efeito de determinar ou agravar a responsabilidade penal dos que actuam em infracção das suas disposições”.

Em definitivo, o Estado não pode fazer cumprir uma directiva que ele mesmo não tenha respeitado e, pelo contrário, deverá suportar a invocação dos direitos ou benefícios que os particulares possam deduzir em seu favor de uma directiva não transposta. Enquanto não cumpra a sua obrigação de transposição na ordem interna, não poderá exigir aos particulares as obrigações de uma directiva não transposta.

Por outro lado, quando uma disposição de uma directiva não transposta tem efeito directo, e o particular não a invoca em seu favor, o juiz nacional só poderá aplicar *ex officio* a disposição em questão se o Direito interno o permite ou se essa obrigação lhe é imposta pelo mesmo Direito. Na sentença *Peterbroeck*, C-312/93, de 14/12/1995, julgava-se um caso particular em que se alegava a norma comunitária pela primeira vez na 2.^a instância (a legislação belga proíbe invocar novos motivos perante o Tribunal de Apelação, que não se tenham apresentado em um determinado tempo), o T.J.C.E. afirmou, perante as circunstâncias peculiares do caso, que “o Direito Comunitário se opõe à aplicação de uma norma processual nacional que (...) proíbe ao juiz nacional (...) apreciar *ex officio* a compatibilidade de um acto de Direito interno com uma disposição comunitária, quando esta última não tenha sido invocada pelo particular dentro de um prazo determinado” (fundamento 21). O Tribunal de Apelação era o primeiro órgão jurisdicional que conhecia o caso e podia colocar a questão prejudicial, é jurisprudência constante que “se devem afastar as normas de Direito nacional que impeçam a aplicação do procedimento previsto no artigo 177.º do tratado” (actual artigo 234.º do T.C.E.). Quando se trate de uma relação horizontal ou entre particulares, uma directiva não executada correctamente, não pode, por si só, criar obrigações a cargo de um particular e tão pouco pode, por conseguinte, ser invocada, em tal qualidade, contra a dita pessoa (sentença n.º 152/84, *Marshall*, de 26/02/1986, fundamento 48).

Quando se analisa a jurisprudência do T.J.C.E. em matéria de efeito directo do Direito Comunitário, em especial das directivas, tem-se a impressão de que um único horizonte inspira a sua actuação, fazer o Estado-membro respeitar as suas obrigações comunitárias. A protecção dos particulares é só um objectivo menor que se desvanece à discrição do T.J.C.E.. O Tribunal admitiu implicitamente que de uma directiva incorrectamente transposta geram-se consequências negativas para os particulares. O resultado prático é que, nestes casos, deve aplicar-se a directiva, directamente, a quem exige o seu cumprimento à autoridade que

intervém na sua aplicação e, indirectamente, aos outros particulares que na relação jurídica de que se trate vêm inaplicada a legislação nacional às suas pretensões. A aplicação - indirecta - aos particulares é inevitável no caso das directivas sobre contratos públicos, mas em outros também. Com efeito, não se pode evitar, sempre que afecte situações privadas, a consequência do reconhecimento de direitos a outros particulares dos quais o Estado não se pode descartar (quando a satisfação do direito corre a cargo do Estado).

De acordo com o artigo 10.º T.C.E. preside sempre a obrigação de cumprimento de uma directiva, inclusive ao expirar o prazo dado ao Estado para a sua correcta execução. Como o Estado-membro está obrigado a adoptar todas as medidas necessárias para alcançar o resultado fixado na directiva, nenhum poder público pode desvincular-se do conteúdo da directiva quer a tenha transposto ou não.

Desde alguns anos que o T.J.C.E. vem afirmando que os juízes nacionais quando aplicam o Direito nacional estão obrigados a interpretá-lo atendendo às normas comunitárias sejam estas directamente aplicáveis ou não (ainda que resulte óbvio que quando o litígio submetido ao juiz nacional se refere a situações alheias ao âmbito de aplicação do Direito Comunitário “este não obriga o juiz a interpretar a sua legislação num sentido conforme com o Direito Comunitário nem a deixar de aplicar a dita legislação” - sentença *ICI*, C-264/96, de 16/07/1998).

Perante a falta de transposição ou de transposição incorrecta de uma directiva pelos poderes públicos competentes, transfere-se para os juízes, também órgãos do Estado, a obrigação de tomar as medidas necessárias para alcançar, no litígio concreto, o resultado querido pela directiva quer tenham efeito directo as suas disposições ou não, o juiz em nome do Estado deverá fazer todo o possível para que se respeitem as obrigações adquiridas pelo Estado alcançando os efeitos materiais da directiva.

Como os juízes devem contribuir para obter o resultado de uma directiva (transposta ou não, com efeito directo vertical ou sem efeito vertical), devem interpretar o Direito nacional, anterior ou posterior à mesma, introduzido ou não, para a transpor à luz da sua letra e finalidade. Trata-se de obter certa aplicação horizontal pelo juiz nacional servindo-se da lei nacional (“efeito transfusão” ou “efeito inclinado”). As circunstâncias, que rodeavam os casos em que este critério foi fixado pelo T.J.C.E., eram algo diferentes e as consequências podem ser distintas, mas em todas elas o raciocínio do Tribunal foi o mesmo, o fio condutor do artigo 10.º do T.C.E.. Nas sentenças n.º 14/83, *Von Colson y Kamann*, de 10/04/1984, e n.º 79/83,

Harz, de 10/04/1984, (o Tribunal já referenciara esta obrigação na sentença, n.º 111/75, *Mazzalai*, de 20/05/1976) os factos são semelhantes, excepto que na primeira tratava-se de uma relação vertical (dois assistentes sociais reclamavam a administração penitenciária regional) e na segunda de uma relação horizontal (uma engenheira reclamava de um empresário particular). A directiva invocada não tinha efeito directo por falta de precisão quanto ao sistema de sanções, pelo que o T.J.C.E. disse ao juiz alemão nos dois casos, apesar de serem relações distintas, que interpretasse a lei de transposição à luz da directiva com o fim de alcançar os resultados da mesma, que tivesse em conta outras normas alemãs que previssem sanções em situações comparáveis.

Na solução, a interpretação foi a mesma nas relações verticais e horizontais. Significa pois, que a falta de efeito directo (independentemente da horizontalidade ou verticalidade) não implica a irrelevância das disposições de uma directiva, especialmente nos casos em que há uma lei de transposição com certas lacunas ou insuficiências, devendo ser colmatadas mediante o trabalho interpretativo do Direito nacional. Parece que não importa se houve ou não transposição quando a relação é vertical, isto é, quando o conteúdo obrigacional fica a cargo do Estado.

Havendo efeito directo, mas tratando-se de uma relação horizontal, não há invocação e o juiz deve recorrer, na medida do possível, ao critério hermenêutico a fim de “alcançar o resultado a que se refere a directiva”. Os limites da obrigação de interpretar o Direito nacional à luz da letra e da finalidade da norma comunitária, especialmente ao aplicar uma directiva não transposta ou transposta incorrectamente, são os princípios gerais do Direito que fazem parte do Direito Comunitário, especialmente os princípios de “segurança jurídica e de irretroactividade”. Mas estes limites só foram utilizados pelo T.J.C.E. num processo penal em que o próprio Estado pretendia impor obrigações a cargo de um particular, no caso *Kolpinghuis*, porque afectava um princípio geral de Direito: o princípio da legalidade penal. Trata-se de um princípio geral de Direito que o ordenamento comunitário deve respeitar.

A jurisprudência analisada demonstra a complexidade e a insegurança jurídica da doutrina do efeito directo das directivas limitado às relações verticais, pois produz-se uma arbitrária e desigual protecção dos direitos individuais.

O T.J.C.E. deveria, por razões de segurança jurídica, de transparência e de respeito dos direitos fundamentais sem discriminação, declarar que quando uma disposição comunitária, qualquer que seja a sua natureza, incluindo uma directiva, goza de efeitos directos, isto é, é

suficientemente precisa e incondicional, e tenha sido publicada no J.O.C.E., a partir da sua entrada em vigor, deve produzir a plenitude de efeitos jurídicos: criar direitos e obrigações nas relações horizontais e nas relações verticais só direitos face ao Estado enquanto este não transponha correctamente uma directiva.

É importante que o T.J.C.E. encontre uma linha coerente e segura para os cidadãos e operadores jurídicos em matéria de efeito directo vertical e horizontal das directivas⁴¹¹.

4. Abordagem da Constituição da República Portuguesa

Jorge Miranda entende que quanto às normas emanadas de órgãos competentes de organizações internacionais de que Portugal seja parte e que vigoram directamente na ordem interna, por tal se encontrar estabelecido nos respectivos tratados institutivos, de acordo com o artigo 8.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, nenhuma dúvida se suscita quanto à natureza do fenómeno de recepção automática no seu grau máximo^{412 413}. Silva Cunha não concorda com esta ideia, como já explanámos em páginas anteriores, porque entende que o artigo 112.º, n.º 9, ao referir-se à transposição das directivas por lei ou decreto-lei, estabelece o método da transformação⁴¹⁴. Aquele artigo que foi pensado em 1982, na perspectiva da integração de Portugal nas Comunidades Europeias e da consequente recepção do Direito Comunitário, não esgota aí o seu âmbito virtual. Há decisões normativas imediatamente aplicáveis de outras organizações internacionais - entre as quais as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. O artigo 8.º, n.º 3, foi fortemente criticado, tal como

⁴¹¹ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - **Instituciones y Derecho** ..., cit., p. 202-214; CAMPOS, João Mota de - **As Relações da Ordem Jurídica** ..., cit., p. 299 e ss..

⁴¹² Neste sentido: António Vitorino, Mota de Campos, Moitinho de Almeida, Azevedo Soares, João Caupers, Nuno Piçarra, Marcelo Rebelo de Sousa, Carlos Botelho Moniz e Paulo Moura Pinheiro, Gomes Canotilho e Vital Moreira, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, Maria Luísa Duarte.

⁴¹³ Diz também PÉREZ TREMPs que a Constituição portuguesa, ainda que com uma fórmula geral, dá cobertura à aplicabilidade directa do direito derivado, através do artigo 8.º, n.º 3, sendo que a aplicabilidade directa dos regulamentos foi expressamente reconhecida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 184/89 (caso do “Regulamento de aplicação do FEDER”) - Ver em **Constitución Española y Comunidade Europea**. 1.ª ed.. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1994, p. 131 e ss..

⁴¹⁴ Ver ponto Parte II, Capítulo II, ponto 2.12. deste trabalho e CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 116, pé-de-página n.º 128.

anteriormente referimos com mais pormenor⁴¹⁵, por: primeiro, conferir ao Direito Comunitário derivado um regime mais favorável do que aquele que concede ao Direito Comunitário originário, composto pelos tratados que instituíram as Comunidades e pelos que as modificaram; segundo, por só atribuir aplicabilidade directa às normas e não também às decisões dos órgãos da Comunidade a que se refere o artigo 249.º do Tratado de Roma; terceiro, porque aquilo sobre que haveria que dispor não era sobre a vigência do Direito Comunitário na ordem interna, mas sim sobre legitimação constitucional dos limites do poder soberano resultantes da adesão às Comunidades⁴¹⁶. Diz ainda Jorge Miranda que estas críticas não são pertinentes. Em relação à primeira, são as próprias condições de emanação das normas convencionais e das normas criadas no seio de organizações internacionais que obrigam à distinção constitucional. Não se vê como, por específicos que os tratados institutivos sejam, possam estar sujeitos a um regime diverso do dos demais tratados. Por seu turno, a ausência das decisões não normativas no n.º 3 tem de ser encarada no conjunto do artigo 8.º, já que este, nos seus três preceitos, nunca se refere senão a normas: normas de Direito Internacional geral ou comum no n.º 1, normas constantes dos tratados no n.º 2, e, logicamente, normas emanadas de organizações internacionais, no n.º 3. Contudo, isso não impede que se devam abranger na sua *ratio* também os tratados-contratos e as decisões individuais das Comunidades Europeias, desde que adquiram alguma relevância na ordem interna.

A terceira crítica parece ignorar tanto a amplitude do preceito como a existência, desde a revisão constitucional de 1992, de um n.º 6 do artigo 7.º em que se prevê, precisamente, “o exercício em comum (...) dos poderes necessários à construção da União Europeia”⁴¹⁷.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, a fórmula adoptada pela Constituição não deixa dúvidas que as normas emitidas por organizações internacionais dotadas de poderes “legislativos” - seja qual for a sua natureza jurídica - passam a constituir uma componente da

⁴¹⁵ Ver Parte II, do Capítulo II, ponto 1.4., deste trabalho.

⁴¹⁶ Neste sentido PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS Fausto de - **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 113 e ss..

⁴¹⁷ Este artigo foi revisto pela Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12/12, publicada no D.R. n.º 286, Série I-A a p. 8172-8217, que alterou o n.º 6 e aditou um n.º 7. Ver: MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 152-154.

ordem jurídica interna, vinculando imediatamente o Estado e os cidadãos, independentemente de qualquer acto de mediação, seja aprovação ou ratificação por qualquer órgão do Estado, seja publicação no jornal oficial. Existem, todavia, pelo menos duas condições para que esta eficácia do direito das organizações supranacionais opere na ordem interna: que tal “se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos e que as normas emanem dos órgãos competentes dessas organizações”. Se qualquer uma dessas condições faltar, as normas não se limitam a ser inválidas, nem sequer chegam a vigorar em Portugal. A primeira condição é bastante importante, só existe direito que se imponha directamente aos cidadãos dos Estados-membros, se estes se vincularem a isso, ao aderirem, ou ao constituírem a organização, ou seja, desde que e até ao ponto em que o tratado institutivo da organização preveja tal poder normativo, bem como a sua aplicação directa na ordem interna dos Estados-membros. Assim, por exemplo, no caso da Comunidade Europeia só terão cobertura constitucional (além do próprio Tratado de Roma e dos tratados que o alteraram) os regulamentos comunitários, previstos no artigo 249.º do T.C.E., mas já não as directivas⁴¹⁸.

A intenção do legislador, ao acrescentar o n.º 3 ao artigo 8.º, era a de ultrapassar o requisito de publicidade das normas internacionais, presente no n.º 2 do artigo 8.º e na alínea b) do n.º 1 do artigo 119.º, bem como alargar o âmbito das fontes de Direito Internacional para além do que considerava serem então os limites do artigo 8.º. Este propósito resultava da necessidade de receber no direito português as fontes de Direito Comunitário derivado, que, desde logo, invocavam uma auto-suficiência publicitária que se bastava com o seu próprio sistema, levando o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a condenar, por incumprimento do Direito Comunitário, os Estados-membros que procedessem à publicação nos respectivos jornais oficiais do Direito Comunitário derivado ou à sujeição a qualquer procedimento de reconhecimento interno relativamente a determinadas fontes de Direito Comunitário⁴¹⁹.

Surgiram soluções interpretativas que conduziram ao primado do Direito Comunitário, à interpretação conforme ao Direito Comunitário do Direito interno e à atribuição de aplicabilidade e efeitos directos a vários actos de Direito Comunitário. A aplicabilidade directa traduz-se numa fórmula de incorporação automática, semelhante à que se encontra no

⁴¹⁸ De acordo com CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

⁴¹⁹ De acordo com PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV ...**, cit., p. 71.

n.º 3 do artigo 8.º. Já o efeito directo de uma norma de Direito Comunitário traduz-se na possibilidade da sua invocação junto dos órgãos jurisdicionais. A razão da distinção é de dimensão meramente histórica e função da ousadia do Tribunal de Justiça das Comunidades, que só num momento posterior concebeu a tese do efeito directo vertical das directivas ainda não transpostas quando estas estabeleçam para os Estados obrigações claras, precisas e incondicionais.

Se o propósito de contornar a exigência constitucional de publicidade nacional do Direito Comunitário se conseguiu à custa de mais um número no artigo 8.º, já a intenção de alargar o número de fontes deparou com a inabilidade do legislador constituinte. Em primeiro lugar, este n.º 3 faz assentar a sua operatividade nas previsões estabelecidas nos respectivos tratados institutivos o que nos reconduz ao Direito Internacional de base convencional, objecto do n.º 2 do artigo 8.º.

Em segundo lugar, este número faz apelo à categoria das fontes normativas, o que afasta a possibilidade de servir como habilitação para os actos jurídicos comunitários que, como muitas decisões, se encontram previstos nos tratados institutivos mas não revestem carácter normativo.

É também possível tentar a defesa do efeito directo das directivas não transpostas por via do n.º 2 do artigo 8.º. Tal resultaria de uma conjugação do artigo 249.º com o artigo 10.º do tratado de Roma. Assim, a directiva traduz-se num comando resultante de uma obrigação convencional assumida pelo Estado português. Tal significa que nas relações entre os particulares e o destinatário da obrigação de transpor a directiva - o Estado - surge um efeito directo vertical, derivado de uma obrigação convencionalmente recebida pelo n.º 2 do artigo 8.º. No caso do ordenamento jurídico português, a natureza legislativa do acto de transposição ficou clarificada pelo n.º 9 do artigo 112.º. Esta opção do legislador de revisão constitucional depara-se com a natureza regulamentar de muitas directivas, pelo que a morosidade do procedimento legislativo, em particular do procedimento legislativo parlamentar, poderá constituir uma nova fonte de incumprimento das obrigações comunitárias. De qualquer das formas, a alteração levada a efeito quanto ao artigo 112.º parece ter limitado as possibilidades de transposição de directivas à transcrição ou à adaptação, sendo esta última a que empresta ao trabalho do legislador uma dimensão jurídica.

Finalmente, a alteração constitucional parece poder cruzar-se com os recentes desenvolvimentos da jurisprudência comunitária que reconhecem aos particulares um direito à

indemnização pela inadequada transposição de directivas que lhes confirmam direitos e de cuja violação resultem prejuízos. Note-se que tal direito à indemnização é construído à sombra do ordenamento jurídico comunitário, dispensando norma interna expressa e prevalecendo sobre norma interna contrária, para além de ser invocável perante os tribunais nacionais. Também aqui a construção jurisprudencial comunitária se pode acolher à sombra de um preceito constitucional, o artigo 22.º da Constituição⁴²⁰.

⁴²⁰ Ver: PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV ...**, cit., p. 47-76.

CAPÍTULO III

Hierarquia do Direito Comunitário no Direito interno

1. Primazia de acordo com a doutrina portuguesa

Estruturalmente o primado do Direito Internacional sobre o Direito interno e o primado do Direito Comunitário sobre o Direito estadual são dois princípios diferentes.

O primeiro pressupõe a rejeição da visão dualista das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno (pois face a esta construção, a norma internacional após ter sido transformada em norma interna vigora na ordem jurídica como tal e não como norma de Direito Internacional) e também da visão monista daquelas relações que concede o primado ao Direito interno (pois esta conduz à negação do Direito Internacional). Só se compadece com a construção das relações entre o Direito Internacional e o Direito estadual de acordo com a concepção monista que dê primado ao Direito Internacional (já assim entendia Kelsen).

O primado do Direito Internacional sobre o Direito interno resulta do sistema adoptado pela Constituição do respectivo Estado para conceder relevância ao Direito Internacional na ordem interna⁴²¹.

⁴²¹ Ver: QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991, p. 412; e ainda sobre o tema em geral, vários manuais de Direito Comunitário e de Direito Internacional, alguns que foram já citados, tais como: MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 137 e ss.; CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 110 e ss.; WITTE, Bruno - Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order. *In* GRAIG, Paul e BÚRCA, Gráinne de - "The Evolution of EU Law". 1.ª ed.. Oxford: University Press, 1999, p. 177-213; CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário. O Ordenamento Jurídico Comunitário**. 5.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 358 e ss.; CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne - **E C LAW - Text, Cases, and Materials**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 240 e ss.; MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo do Direito Comunitário: Sumários Desenvolvidos**. Lisboa: Lex, 1995, p. 145 e ss.; TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 227 e ss.; GAUTRON, Jean-Claude - **Direito Europeu: Sumários de História e Jurisprudência**. Tradução de: Maria Manuela Morais Cunha, Maria José V. Chena Borrego e Maria Rosa Figueiredo. 1.ª ed.. Lisboa: Publicações D. Quixote, 1992, p. 174 e ss.; RAMOS, Rui Manuel Moura - As Comunidades Europeias - Enquadramento normativo-institucional. *In* Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado - Procuradoria Geral da República. N.º 25/26: (1986), p. 7-105, especialmente p. 101 e ss.; CAMPOS, João Mota de - **As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa**

A primazia do Direito Constitucional relativamente ao Direito Internacional e ao Direito Comunitário ganhou novo alento na doutrina e na jurisprudência quando da conclusão do Tratado de Maastricht (1992). Em primeiro lugar, o aumento das competências conferidas às instituições comunitárias e a correspondente diminuição dos poderes dos Estados-membros suscitou, em geral, o problema de saber se as respectivas Constituições consentiam aos órgãos representativos dos Estados a ratificação de um tratado com tal alcance. Em vários Estados-membros (por exemplo, na Alemanha, em Espanha, em França e em Portugal) prevaleceu o entendimento de que a vinculação internacional dependia da conformidade do tratado com a Constituição e de que, onde tal conformidade não existisse, o texto constitucional tinha de ser previamente modificado para que o tratado pudesse ser regularmente ratificado. Por outras palavras: prevaleceu aí a ideia segundo a qual “o Direito Constitucional quebra o Direito Internacional ou Comunitário”. E assim procederam. Um outro acontecimento relevante foi a sentença do Tribunal Constitucional federal alemão que examinou a conformidade do Tratado de Maastricht com a Constituição, reafirmando a primazia do Direito Constitucional sobre o Direito Internacional e concluindo que era da competência do Tribunal Constitucional federal examinar de futuro “se os actos jurídicos das instituições e órgãos europeus respeitam, ou ultrapassam, os limites dos poderes soberanos que lhes são conferidos”; e que estava excluído, nos avanços da integração, todo e qualquer “automatismo imprevisível”, dependendo a possibilidade de cada novo passo “ou de pressupostos hoje previsíveis para o Parlamento, ou, então, de uma posterior concordância do Governo Federal, sujeita a aprovação parlamentar”. Em suma, o Tribunal alemão, aqui, considera ainda a questão como um assunto de Direito Internacional⁴²².

Diz Barbosa de Melo que, entre nós, a primazia da Constituição sobre o Direito externo aflora, por um lado, no sistema de recepção ou incorporação fixado no artigo 8.º da Constituição e, por outro lado, na sujeição das normas externas ao juízo de inconstitucionalidade e às correspondentes consequências jurídicas. As vias de entrada do Direito externo, directamente fixadas pela Constituição, são as do artigo 8.º, n.ºs 1, 2 e 3. Para

com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985, p. 330 e ss.; LOUIS, Jean-Victor - **A Ordem Jurídica comunitária.** 3ª ed., revista e aumentada. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 52 e ss.; KOVAR, Robert - As Relações entre o Direito comunitário e os Direitos Nacionais. In Comissão das Comunidades Europeias (org.) - “Trinta anos de Direito Comunitário”. Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 115-154, especialmente p. 115 e ss..

⁴²² MELO, Barbosa A. - Soberania e União Europeia. In Temas de Integração. Coimbra: Livraria Almedina. 4.º vol. - 1.º Semestre de 1999 - n.º 7: (1999), p. 5-27, especialmente p. 21-25.

além destas vias directas, a lei pode sempre conferir *ex vi sua* (princípio da legalidade) vigência interna a normas e princípios jurídicos externos, sejam eles de origem internacional ou provenham de outras ordens jurídicas.

Acrescenta ainda que a sociedade internacional, salvo para a imposição e manutenção da paz internacional (sistema de segurança colectiva da O.N.U), não possui um poder executivo próprio, investido de competência genérica para a realização coerciva do Direito. É pois uma prerrogativa soberana do Estado, coberta pela imunidade de jurisdição, a execução, segundo a boa-fé, do Direito Internacional que lhe diz respeito. A doutrina acolhida no tratado sobre o Direito dos tratados de Viena (1969), artigo 26.º, assume toda a amplitude no âmbito comunitário e no Tratado da Comunidade Europeia.

Há, assim, uma “reserva de administração” em favor do Estado soberano por força do qual este dispõe do poder exclusivo de execução do Direito externo no seu domínio, excepto se, e na medida em que, se tiver obrigado em sentido diferente. Por outras palavras, a União Europeia só disporá de poderes executivos por força do estipulado nos tratados institutivos⁴²³.

A questão hierárquica redefiniu completamente o tipo de relações entre Direito Comunitário e Direitos nacionais.

São várias as correntes teóricas que procuram fundamentar a submissão de um ordenamento jurídico nacional às normas externas emanadas de órgãos legislativos supranacionais. As mais destacadas são:

- a) Teoria Federalista que procura fundamentar a primazia do Direito Comunitário sobre os Direitos nacionais, através da natureza jurídica das Comunidades Europeias, ao considerar que algumas das suas características são semelhantes às do Estado Federal. Nos Estados Federais a norma federal é válida em todo o território nacional, possui supremacia sobre as normas estaduais e não necessita de nenhum tipo de mecanismo de reconhecimento ou incorporação. Assim, como nas relações jurídicas num Estado federal, o Direito Comunitário forma um conjunto jurídico distinto do nacional, sendo válido no espaço jurídico nacional como Direito Europeu, não como Direito nacional. Contudo, as relações entre este conjunto jurídico e os Direitos nacionais apenas podem ser regidas pelo próprio

⁴²³ MELO, Barbosa A. - Soberania e União Europeia, cit., p. 21-25.

Direito Comunitário, já que este não se encontra subordinado ao poder legislativo nacional.

- b) Teoria Europeia para a qual o Direito Comunitário não é Direito Internacional Público, mas constitui-se numa ordem jurídica autónoma de carácter *sui generis*. Decisivo para caracterizar a sua singularidade é o facto da sua estrutura, proveniente do conjunto dos tratados institutivos, apresentar diferenças fundamentais em relação à de outros tratados de Direito Internacional. A consequência mais importante desta linha de raciocínio reside na afirmação de que o Direito Comunitário não é mais Direito Internacional. Ao contrário, trata-se de um Direito com dupla natureza, que possui um carácter constitucional, aliado ainda aos aspectos provenientes da sua origem nos tratados constitutivos. Dito de outro modo, trata-se de um Direito com características constitucionais, que não possui, no entanto, o carácter ou os atributos de um Estado. A favor da concepção autónoma do Direito Comunitário encontra-se o facto de ele apresentar particularidades cuja intensidade e combinação tornam a estrutura jurídica da Comunidade Europeia inédita e específica. Por outro lado, a especificidade do Direito Comunitário também é advogada pela jurisprudência do Tribunal das Comunidades.
- c) Teoria do “Acto Integral” segundo a qual a primazia do Direito Comunitário não se encontra nos tratados institutivos ou nas leis nacionais de aprovação. A primazia decorre da participação no acto integral de constituição da Comunidade. O pressuposto necessário desta teoria tornou-se a desvinculação completa do Direito Comunitário das suas origens no Direito Internacional⁴²⁴.

A integração podia significar que a ordem jurídica dos Estados-membros deixa de o ser, para constituir apenas um simples “sistema” de normas cujo conteúdo, autonomia e autoridade dependem de uma ordem diferente. Acrescente-se ainda, que não é a ordem

⁴²⁴ Ver em: KEGEL, Patrícia Luíza - As Constituições Nacionais e os Limites à Integração Regional. *In* Temas de Integração. Coimbra: Livraria Almedina. 4.º vol. - 1.º Semestre, 1999 - n.º 7: (2000), p. 33-55, especialmente p. 43-45.

jurídica comunitária que se integra nas ordens jurídicas nacionais, mas os sistemas jurídicos dos Estados-membros que são absorvidos pela ordem jurídica comunitária⁴²⁵.

Uma corrente de opinião doutrinal tende a dar um lugar especial ao Direito Comunitário, dada a sua especificidade, reconhecendo a sua “primazia supraconstitucional”. Em Portugal, Caseiro Alves (já em 1983) e também Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros sustentam que o artigo 8.º, n.º 3, comporta a resposta à questão do primado do Direito Comunitário. As normas constitucionais, contudo, ao não excluïrem as normas de Direito Comunitário do controle da constitucionalidade, parecem apontar no sentido da sua natureza infraconstitucional, ainda que o seu carácter supralegal não seja discutido. Entende-se que os tribunais portugueses deverão fazer o possível por obter uma harmonização dos preceitos dos dois ordenamentos em presença. Na impossibilidade de um tal resultado, não será de estranhar que as jurisdições se decidam pela afirmação de disposições do Direito Constitucional nacional com o conseqüente afastamento e violação do Direito Comunitário. Neste sentido tem-se pronunciado a doutrina dominante, sobretudo Gomes Canotilho, Vital Moreira e Mota de Campos. Este último sustenta a supressão do controle *a posteriori* da conformidade do Direito Comunitário com a Constituição, salvo no caso de ofensa de princípios fundamentais desta última. Reconhece-se que a aplicação do Direito Comunitário não pode ser posta em causa pela existência de disposições nacionais contrárias, de carácter legislativo ou regulamentar. Os tribunais portugueses não tiveram dificuldade em reconhecer não só o efeito directo das directivas comunitárias⁴²⁶, como o primado da ordem comunitária em domínios tão sensíveis como o do Direito Penal. A primazia do Direito Comunitário a este propósito é assegurada⁴²⁷.

Dizem André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros que, já em 1957, Hermann Mosler escrevia: “existem certas normas de Direito Internacional que são, independentemente da vontade dos Estados, válidas no interior da ordem jurídica nacional”, e estava a pensar na

⁴²⁵ BOULOIS, Jean - Le Droit des Communautés Européennes dans les Rapports avec le Droit International Général. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 49-50.

⁴²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30/07/86. In Boletim do Ministério da Justiça, n.º 360, p. 307 e ss..

⁴²⁷ Ver: RAMOS, Rui Manuel Moura - L'Intégration du Droit International et Communautaire dans l'Ordre Juridique National e As Relações entre a Ordem Interna e o Direito Internacional e Comunitário. In RAMOS, Rui Manuel Moura - “Da Comunidade Internacional e do seu Direito”. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 221-265, especialmente p. 241, 257 e p. 265-281, ainda p. 276 e 277.

ordem jurídica das Comunidades Europeias. De facto, segundo os artigos 249.º do T.C.E., 14.º T.C.E.C.A. e 161.º T.C.E.E.A., algumas normas e alguns actos emanados dos órgãos comunitários gozam de “aplicabilidade directa” na ordem interna dos Estados. Essa aplicabilidade directa constituiu um corolário do primado do Direito Comunitário sobre as ordens jurídicas dos Estados-membros, que consiste numa característica essencial do sistema jurídico comunitário. O primado do Direito Comunitário sobre os Direitos estaduais é um atributo próprio do Direito Comunitário e, por conseguinte, não nasce de uma concessão do Direito interno dos Estados-membros. Por outras palavras, o próprio Direito Comunitário impõe a sua prevalência sobre o Direito estadual e, quanto às normas e aos actos que gozam de aplicabilidade directa, a sua consequente aplicação directa e imediata na ordem interna dos Estados, independentemente do que sobre a matéria dispuser a norma interna estadual, mesmo de grau constitucional. Esta construção é fruto da jurisprudência do Tribunal das Comunidades, mas tem vindo a obter, progressivamente, aceitação de parte da doutrina. O primado do Direito Comunitário é um produto avançado do monismo com primado do Direito Internacional, mas, caso curioso é que é defendido mesmo por autores que, quanto ao problema geral das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, abraçam postulados dualistas⁴²⁸.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o Direito Comunitário derivado, ou seja, as normas criadas pelos órgãos comunitários valem na ordem interna de todos os Estados-membros da Comunidade Europeia, independentemente de qualquer acto suplementar de recepção interna, e beneficiam de primazia de aplicação relativamente à legislação interna eventualmente existente⁴²⁹.

Diz o Professor Gomes Canotilho, que os tratados institutivos das Comunidades Europeias e as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade directa (*self executing*)

⁴²⁸ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 88-90. Também DELPÉREÉ, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. Especialmente p. 82 e ss.. O Professor Moura Ramos também refere que o princípio do primado se deduz da própria natureza do Direito Comunitário, aparece como algo que lhe é inerente. No entanto, acrescenta que, entre nós, a primazia relativamente às normas constitucionais não deixará de levantar dificuldades. Ver: **Das Comunidades À União Europeia: Estudos de Direito Comunitário**. 2.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 98-99.

⁴²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. Especialmente p. 92. E também ver: MARTINEZ, Pedro Romano - Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. In Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. IV: (1989/1990), p. 163-181.

constituem, com a adesão de Portugal à ordem jurídica comunitária, uma nova fonte normativa da ordem jurídico-constitucional portuguesa, em posição separada relativamente aos actos legislativos internos, podendo afastar estes com base no princípio da especialidade ou da competência prevalecente. Por outras palavras, a ordem jurídica comunitária tem preferência relativamente à legislação estatal. Quando o princípio da especialidade não é suficiente a doutrina mais recente afirma a superioridade do Direito Comunitário traduzida na força activa dos regulamentos comunitários (podem revogar e modificar leis) e na resistência passiva dos mesmos relativamente a leis posteriores internas (não podem ser revogados nem modificados). O princípio da aplicação preferente significa a prioridade de aplicação do Direito Comunitário, não pondo em causa a validade de uma norma interna quanto aos outros aspectos que não têm nada a ver com o Direito Comunitário⁴³⁰.

André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros pugnam pela supremacia do Direito Comunitário e entendem que para que este vigore na ordem interna dos Estados e prime sobre todo o Direito estadual não é necessário que a Constituição o diga, quando um Estado adere às Comunidades aceita, implicitamente, a sua ordem jurídica com todas as suas características essenciais sendo o primado a primeira delas. Segundo aqueles Professores, o disposto no artigo 8.º, n.º 3, deve prevalecer sobre os artigos 204.º e 277.º, n.º 1, já que está colocado na Parte da Constituição dedicada aos “Princípios Fundamentais”. No entanto, eles reconhecem que, como o Direito Comunitário ainda não é um direito federal, a sanção para a violação do primado se situa no plano da eficácia e não no da validade da norma estadual⁴³¹.

Para Silva Cunha, as opiniões anteriores sofrem o vício de interpretarem o artigo 8.º, isoladamente, sem o integrar no contexto da Constituição. Acha que é de ponderar a este respeito que, proibindo o artigo 204.º a aplicação de normas inconstitucionais e declarando o artigo 277.º, n.º 1, inconstitucionais as normas que infringjam o disposto na Constituição ou ofendam os princípios nela consignados, os princípios da soberania e da independência que a Constituição expressamente consagra, nos artigos 1.º e 7.º, n.º 1, seriam ofendidos pela

⁴³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 819.

⁴³¹ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 130 e 142. E já neste sentido QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 412-413.

atribuição de valor superior, às normas indicadas no artigo 8.º, ao das normas originariamente portuguesas⁴³².

O primado do Direito Comunitário sobre o Direito estadual traduz-se, na feliz expressão de Pierre Pescatore, numa “exigência existencial” do Direito Comunitário, pode dizer-se, como já foi dito por Michel Virally sobre o Direito Internacional, que “é inconcebível sem o reconhecimento da sua superioridade em relação aos Estados, seus sujeitos. Negar a sua superioridade equivale a negar a sua existência” ou, nas palavras não menos expressivas de outro grande nome da doutrina do Direito Comunitário, Hans-Peter Ipsen, numa emanção do “princípio da garantia da capacidade para o cumprimento da função das Comunidades”, isto é, do princípio que assegura a capacidade das Comunidades para prosseguirem os seus objectivos e, portanto, que garanta a própria subsistência das Comunidades. Ou seja, se, num caso de conflito entre uma norma de Direito Comunitário e uma norma de Direito estadual, a primeira pudesse ser afastada pela segunda, seria a própria subsistência do Direito Comunitário, como ordem jurídica comum aos Estados-membros, que viria a ser posta em causa, porque é da sua natureza intrínseca, da sua própria essência, a sua uniformidade, que tem como principal corolário a sua interpretação e aplicação uniformes em todo o território das Comunidades, isto é, em todos os seus Estados-membros. Ora, a uniformidade do Direito Comunitário impõe o primado de todo o Direito Comunitário sobre todo o Direito estadual, seja este anterior ou posterior aos tratados comunitários ou à norma comunitária concretamente em causa. O primado do Direito Comunitário tem, pois, de ser absoluto e incondicional, sob pena de não haver primado. Por isso, para alguns autores conceder primado à ordem jurídica comunitária sobre os Direitos estaduais mas recusá-lo sobre a Constituição equivale a recusar em absoluto o primado, porque o Direito Comunitário, filtrado pelas Constituições estaduais, vê perdida a sua característica essencial, que é a da sua uniformidade. O primado do Direito Comunitário, assim concebido, decorre implicitamente dos artigos 10.º e 249.º do T.C.E.⁴³³. Por aqui se vê que o primado é um atributo próprio do Direito Comunitário, um reflexo necessário da sua natureza específica e original, e não uma concessão do Direito estadual, nomeadamente do seu Direito Constitucional. Ele decorre,

⁴³² Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 116-117.

⁴³³ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito ...**, cit., p. 124 e 126. Também CAMPOS, João Mota de - **Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional - A Ordem jurídica - O ordenamento Económico da União Europeia**. 1.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 2000, p. 370.

logicamente, da delegação de poderes soberanos dos Estados-membros nas Comunidades, na qual reside o primeiro fundamento jurídico-político das Comunidades e da sua ordem jurídica (trata-se de uma delegação e ainda não, no Estado actual de evolução do Direito Comunitário, de uma “transferência definitiva de direitos soberanos”).

Se a isso acrescentarmos que o primado, para o ser, tem de se apresentar como absoluto, isto é, todo o Direito Comunitário deve primar sobre todo o Direito estadual, sob pena de se negar a si próprio, concluiremos que o primado do Direito Comunitário sobre o Direito interno, ao contrário do que se passa com a relevância do demais Direito Internacional na ordem interna, não depende de qualquer cláusula constitucional de recepção. Por outras palavras, o Direito Comunitário não é recebido pelo Direito interno, ele impõe-se-lhe⁴³⁴.

Para Jorge Miranda, quanto ao artigo 8.º, n.º 3, não há dúvidas sobre a sua natureza de cláusula de recepção automática no seu grau máximo. Dispensa-se qualquer interposição legislativa e não pode dar-se a fiscalização preventiva, mas devia exigir-se, sempre, a publicação no jornal oficial. Diz aquele Autor, que entre nós é largamente dominante a tese da supremacia da Constituição sobre o Direito Comunitário e deste sobre a lei⁴³⁵. No sentido da paridade entre eles, não podendo as normas comunitárias afectar direitos fundamentais dos cidadãos, temos Baptista Machado⁴³⁶.

Quanto à eventual infracção de normas de Direito Comunitário por lei interna também os tribunais, em geral, são competentes para a apreciar e para não aplicar, em tal hipótese, a norma interna portuguesa. Não há, no entanto, recurso para o Tribunal Constitucional dessas decisões. Na lógica do Direito Comunitário, a haver recurso será para o Tribunal das próprias Comunidades Europeias, por meio do chamado reenvio prejudicial. E solução idêntica deverá ser dada à desconformidade entre norma de Direito Comunitário derivado e norma de Direito Comunitário originário⁴³⁷.

⁴³⁴ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito ...**, cit., p. 128.

⁴³⁵ Neste mesmo sentido António Vitorino, Mota de Campos, Azevedo Soares, Moitinho de Almeida, Marcelo Rebelo de Sousa, Maria Luísa Duarte, Carlos Botelho Moniz e Paulo Moura Pinheiro, Caseiro Alves, João Caupers, e Fernando Suordem.

⁴³⁶ Ver: MACHADO, João Baptista - **Introdução ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 76, citado por: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In *AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 275-301, especialmente p. 288, pé-de-página n.º 38.

⁴³⁷ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In *AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 275-301, especialmente p. 300. E ainda MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito...**, cit., p. 162-166.

Jorge Miranda não nega a conveniência e até a “exigência estrutural” de uma interpretação e aplicação uniformes do Direito Comunitário, no interior de todos os países pertencentes às Comunidades. Mas acha que o Tribunal de Justiça das Comunidades tem ido longe demais, “(...) e que a construção produzida pelo Tribunal não decorre do sentido básico do Tratado de Roma. Proveniente de juízes sem legitimidade democrática, não espelha a vontade comum dos parlamentos dos Estados-membros. Conduz a resultados inadmissíveis tanto no contexto daquele tratado como nos Tratados de Maastricht, Amesterdão e Nice.”⁴³⁸. As Comunidades apelam aos princípios democráticos e ao respeito pelos direitos fundamentais, ora não é num Estado democrático a Constituição a máxima expressão da vontade popular, manifestada por assembleia constituinte ou referendo? Como conceber então que a ela se sobreponham normas proveniente de órgãos sem base democrática imediata (Conselho e Comissão)? No tocante aos direitos fundamentais, o próprio tratado de Maastricht acolhe a recepção formal das normas constitucionais ao proclamar que a União respeita os direitos fundamentais. Sem esquecer o postulado da unidade do Direito Comunitário, tem de se procurar soluções de equilíbrio com as Constituições nacionais, soluções de harmonização e concordância prática. Isso têm vindo a fazer os Tribunais Constitucionais alemão e italiano e o Conselho Constitucional francês. Na doutrina portuguesa há, também, tentativas nesse sentido⁴³⁹. À visão monista de supremacia-subordinação pode contrapor-se a ideia de uma repartição material de competências, à “competência das competências” dos Estados são subtraídas, por vontade destes, competências, fundamentalmente, em matérias económicas em sentido lato. A relação entre o Direito Comunitário e os direitos nacionais constrói-se com base nos princípios da atribuição de competências e da colaboração ou complementaridade funcional de ordenamentos autónomos e distintos (Maria Luísa Duarte fala em coabitação necessária). Segundo aquele Professor poderá, por conseguinte, justificar-se alguma contenção no funcionamento dos mecanismos de fiscalização instituídos pelos artigos 204.º e 280.º e seguintes, embora nunca a pretexto de uma pretensa prioridade do artigo 8.º, n.º 3. Este não incorpora um princípio fundamental da Constituição, princípio fundamental é, sim, o princípio da constitucionalidade, declarado no artigo 3.º, n.ºs 2 e 3. O princípio da repartição material de competências, concretizado nas cláusulas implícitas ou explícitas de limitação da soberania, é

⁴³⁸ Ver: MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 163-164.

⁴³⁹ Por parte de Nuno Piçarra, Mota de Campos e Maria Luísa Duarte.

suficiente para justificar a não fiscalização da constitucionalidade das normas comunitárias, salvo naqueles casos em que se trata de garantir o núcleo essencial da Constituição, insusceptível, por natureza, de integrar o âmbito da delegação de competências pacticiamente definido. Não se trata de conferir à norma comunitária um valor supraconstitucional, insuperavelmente contraditório com a própria ideia de Constituição⁴⁴⁰.

Para Sousa Franco e Guilherme D'Oliveira Martins, o primado do Direito Comunitário significa que as normas comunitárias prevalecem sobre as normas nacionais (anteriores, revogando-as ou posteriores, invalidando-as) com elas incompatíveis, nas matérias e áreas normativas definidoras da competência dos órgãos e do ordenamento comunitário. O Tribunal de Justiça das Comunidades tem - numa jurisprudência nem sempre dotada de evolução linear - tendido a reforçar o âmbito do princípio do primado, entendendo que existe prevalência das normas comunitárias mesmo sobre as normas constitucionais nacionais, o que seria mais próximo de uma lógica federativa das normas comunitárias, mesmo considerando que as Comunidades prosseguem apenas fins específicos (diferentemente dos Estados, cujos fins são genéricos). Segundo o Tribunal de Justiça, “os conflitos entre as regras comunitárias e as regras nacionais devem ser resolvidos pela aplicação do princípio do primado da regra comunitária” (sentença n.º 14/68, *Walt Wilhelm vs. Bundeskartellamt*, de 13/2/69). Nem sempre a jurisprudência nacional tem acompanhado tal orientação, mesmo na versão mitigada, à qual a mais recente jurisprudência se vem abrindo ao reconhecer, pelo menos, o limite dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições como obstáculo à prevalência, dado tratar-se de um núcleo essencial da ordem jurídica dos Estados e da própria Comunidade. Todavia, a eventual generalização desta doutrina jurisprudencial levaria a transferir, a prazo, a real soberania para a Comunidade - o que é certamente coerente com a lógica de um órgão jurisprudencial, que transfere naturalmente uma óptica soberana e de última instância para os julgamentos que profere, mas parece que só por actos de vontade política e não por uma dinâmica jurisdicional, tal poderá eventualmente operar-se (cfr. artigos 7.º, n.º 6, e 8.º, n.º 3, da C.R.P.).

Assim, a maior parte da doutrina portuguesa aceita a supremacia da Constituição face ao Direito Comunitário e a deste face ao restante Direito interno; tal supremacia será assegurada no que diz respeito aos princípios essenciais da ordem constitucional portuguesa e

⁴⁴⁰ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional ..., cit., p. 275-301, especialmente p. 289-291. E ainda MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 162-166.

que compeendem os princípios gerais de direito, os direitos fundamentais do cidadão e os princípios da democracia e do Estado de direito⁴⁴¹. A doutrina na sua maioria inclina-se, hoje em dia, para esta posição, no entanto, dada a natureza evolutiva das Comunidades e dos seus objectivos de aprofundamento e alargamento, nada garante que não se tenha de inflectir nesta posição e vir adoptar outra ou outras de acordo com evoluções futuras.

A questão das relações entre as Constituições dos Estados e a “Constituição” europeia ir-se-á colocar com especial acuidade num futuro próximo. Tratar-se-á de um processo complexo de articulação de vontades e de partilha de soberanias - que poderá colocar, no futuro, a questão do exercício de novas formas de poder constituinte a nível europeu. Ainda não podemos falar, como pretendeu Altiero Spinelli, de “competências constituintes europeias” ainda que o artigo 7.º, n.º 6, da Constituição portuguesa a elas entreabra a porta⁴⁴².

2. Primazia no direito comparado

As quinze Constituições nacionais apresentam uma grande variedade. Os imperativos comunitários impõem, nos Estados, a acentuação de soluções monistas (primado do Direito Comunitário), a adopção de soluções monistas gerais em certos Estados anteriormente dualistas (recepção e transformação do Direito Internacional em Direito interno) ou a aplicação ao Direito Comunitário de soluções distintas das aplicadas aos tratados internacionais nos Estados que permanecem dualistas, para ter em conta a primazia e o efeito directo do Direito Comunitário.

As soluções monistas são, sem dúvida, no plano dos princípios, as mais próximas das indicações da jurisprudência comunitária sobre as relações entre Direito Comunitário e Direito nacional.

A manutenção integral do dualismo aplicado às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno parece incompatível com as exigências da ordem jurídica comunitária, os Estados abrangidos devem arranjar o seu dualismo para satisfazer estas exigências. Trata-se

⁴⁴¹ Ver: RAMOS, Rui Manuel Moura - *L'Intégration du Droit International ...*, cit., p. 257.

⁴⁴² Segundo FRANCO, António L. Sousa e MARTINS, Guilherme D'Oliveira - **A Constituição Económica Portuguesa - Ensaio Interpretativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 324-325 e 329-330.

de proceder globalmente a recepções do Direito Comunitário existente e vir a permitir que esse direito possa prevalecer sobre as disposições nacionais. A base destas soluções é muitas vezes constitucional, trata-se particularmente de artigos autorizando as transferências de competências, sobre os quais o Estado se apoiará para aceitar as consequências do exercício das competências transferidas, tomando a forma de textos comunitários aplicáveis na ordem jurídica nacional. A natureza dos arranjos efectuados aproxima, na prática, certos Estados de soluções monistas⁴⁴³.

2.1. República Federal da Alemanha

O Direito alemão tem sido, tradicionalmente, um dos mais firmes representantes do dualismo entre os ordenamentos europeus⁴⁴⁴. Conscientes dos inconvenientes que poderia implicar a transposição das práticas dualistas para o normativo comunitário, os poderes públicos alemães, e em particular os órgãos jurisdicionais, tiveram o cuidado de diferenciar o Direito Comunitário da ordem internacional e de fundar os efeitos daquele, sobre a ordem jurídica interna, na sua própria natureza e não em princípios constitucionais, amparando-se para isso no artigo 24.º da Lei Fundamental de *Bonn*, que autoriza a cessão de direitos soberanos a organizações internacionais. A disposição dos tribunais alemães materializou-se numa extensa jurisprudência, inaugurada em 1967. Assim, o Tribunal Constitucional, tirando as consequências das transferências de competências operadas em favor das Comunidades Europeias, com base no artigo 24.º, n.º 1.º, da Lei Fundamental, soube afastar o jogo do dualismo para o Direito Comunitário⁴⁴⁵, na sentença, *BVerfGE, Entscheidungen des*

⁴⁴³ Diz Pérez Tremps que em todos os países comunitários foi aceite o princípio da primazia. Ver: PÉREZ TREMPs, Pablo - **Constitución Española y Comunidad Europea**. 1.ª ed.. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1994, p. 139. O tema da primazia tem gerado grande produção bibliográfica concreta para além das exposições incluídas nos Manuais e outras obras de carácter geral, assim por ex: L'application du Droit Communautaire dans les différents Etats membres de la Communauté économique européenne. In Revue Française de Droit Administratif, n.º 6 de 1990, sob a direcção de J. C. Bonichot, onde se faz uma breve exposição da situação nos diferentes países comunitários, apresentada por diferentes autores.

⁴⁴⁴ Sobre a questão da primazia do Direito Comunitário na Alemanha pode ver-se, entre outros: SCHUBEL, Isabel - La Primauté du Droit Communautaire en Allemagne. In Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne. N.º 412: (1997), p. 621-629, também CANO MONTEJANO, José Carlos - **La Integración Europea desde el Tribunal Constitucional Alemán**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

⁴⁴⁵ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno em Direito Comparado. In Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 53/54: (1993), p. 139-190, especialmente p. 150-151. E ainda MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho de la Comunidad Europea**. 3.ª ed.. Madrid: Editorial Trivium, S.A., 1997, p. 880.

Bundesverfassungsgerichts, de 18 de Outubro de 1967⁴⁴⁶, admitiu que “o Direito Comunitário e o Direito dos Estados-membros são dois ordenamentos jurídicos autónomos e distintos”, o que não o impediu de afirmar, em sucessivas sentenças, que as fontes comunitárias produzem imediatamente direito no ordenamento interno e são aplicáveis pelos juízes com preferência perante normas internas conflituantes. O Tribunal Constitucional alemão reconhecia ao juiz ordinário a tarefa de conferir superioridade à norma comunitária e de desaplicar a norma interna conflituante. Parece assim delinear-se, no sistema constitucional das fontes, o singular fenómeno de uma fonte que determina a prevalência das suas normas sobre as normas conflituantes do mesmo sistema, sem que isto comporte a abrogação de outras normas precedentes ou a nulidade de outras normas sucessivas (cfr. a consideração parcialmente diversa do Tribunal Constitucional italiano, expressa na sentença n.º 170/1984, relativa ao caso *Granital*, de 8 de Junho de 1984). A lei de transferência de direitos de soberania, autorizada pelo artigo 24.º da Lei Fundamental, consentiu a integração entre os dois ordenamentos, no sentido de uma integração do T.C.E. no sistema interno das fontes vinculando ao seu respeito a lei ordinária⁴⁴⁷. Se relativamente ao Direito Comunitário originário o Tribunal Constitucional alemão admitiu implicitamente a sua constitucionalidade (sentença de 18/10/1967)⁴⁴⁸, já quanto ao derivado surgiram problemas. Assim, numa posição semelhante ao Tribunal italiano, o alemão admitiu, na sua sentença *Solange I*, de 29/5/74⁴⁴⁹, exercer um controle dos regulamentos comunitários no respeitante aos direitos fundamentais garantidos na Lei Fundamental de *Bonn*. Esta decisão foi criticada pela doutrina e, indirectamente, pela jurisprudência do T.J.C.E. na sentença n.º 11/70, *Internationale Handlungsgesellschaft*, de 17/12/70, que declarou que não incumbia às jurisdições nacionais apreciar a validade das normas de Direito Comunitário com as suas próprias Constituições e quanto à validade do Direito Comunitário derivado pertencia ao Tribunal das Comunidades o

⁴⁴⁶ Ver: Colectânea de Acórdãos do Tribunal Constitucional federal alemão, p. 293 - há pronunciamentos favoráveis à primazia do Direito Comunitário, em razão da sua especificidade, na jurisprudência de outros tribunais, mas esta foi a primeira vez que o Tribunal Constitucional se ocupou da questão.

⁴⁴⁷ CANNIZZARO, Enzo - Un Nuovo Indirizzo della Corte Costituzionale Tedesca sui Rapporti fra Ordinamento Interno e Norme Comunitarie Derivate. In *Rivista di Diritto Internazionale*. Milano: Giuffrè Editore. Vol. LXXI: (1988), p. 24-47, especialmente p. 32-33. E ainda MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 881-883; DELPÉRÉE, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 87, e SEIBERT, Helga - La judicatura y el derecho comunitario europeo: perspectiva de un Tribunal Constitucional nacional. In OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 265-276, especialmente p. 266-270.

⁴⁴⁸ Ver: in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*. Paris: Editions Dalloz. (1968), p. 203.

⁴⁴⁹ Ver: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BverfGE) 37, p. 271 e ss.. In *Revue Trimestrelle de Droit Européen*. Paris: Editions Dalloz. (1987), p. 537.

monopólio da sua apreciação. Só em 1986, o Tribunal alemão (na sentença *Solange II*, de 22/10/1986)⁴⁵⁰ deliberou não exercer a sua suposta competência de fiscalização da constitucionalidade, relativamente à aplicabilidade dos regulamentos, enquanto a Comunidade e nomeadamente o T.J.C.E. assegurassem, de forma semelhante à Constituição alemã, o respeito pelos direitos fundamentais, o que aliás corresponde ao carácter supranacional do Direito Comunitário e à consequente exigência de uniformidade no exercício da função jurisdicional. Ao juiz interno, perante o conflito entre norma interna e norma comunitária derivada directamente aplicável, é dada a alternativa entre a desaplicação da norma interna (com a correlativa aplicação da norma comunitária) e o reenvio da questão de legitimidade da norma comunitária para o T.J.C.E.. O arranjo das relações entre o ordenamento interno e o ordenamento comunitário, determinado pelo Tribunal Constitucional alemão, assume os contornos de uma integração funcional do ordenamento interno no âmbito de um ordenamento supranacional⁴⁵¹. Assim, de acordo com o artigo 24.º, a transferência de parcelas de soberania em favor de uma instituição supranacional foi efectuada de acordo com o disposto na Constituição alemã e fundamenta a primazia das normas comunitárias, inclusive as derivadas. A preocupação do ordenamento alemão pelos direitos fundamentais e o condicionamento da aplicação das normas comunitárias ao cumprimento de um nível mínimo de protecção dos ditos direitos, expressado pela sua mais alta instância jurisdicional, encontrou finalmente positivamente no seu texto constitucional; pois a reforma constitucional de 1992 deu nova redacção ao artigo 23.º, em virtude do qual “Para a realização de uma Europa unida, a República Federal da Alemanha contribuirá para o desenvolvimento da União Europeia, de acordo com o seu compromisso com os princípios democráticos do Estado de Direito, assim como com os princípios sociais e federativos e com o princípio de subsidiariedade e de garantia da protecção dos direitos fundamentais num nível equiparável, no essencial, ao garantido por esta Lei Fundamental.” (que de um modo geral estipula que o Governo federal deve conceder ao Parlamento alemão a possibilidade de pronunciar-se antes da participação do Governo em qualquer processo decisório na União Europeia. Se a decisão

⁴⁵⁰ Ver: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE)* 73, p. 339, tradução castelhana. In *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 14, n.º 3: (Set-Dez 1987); e STEIN, Torsten - La Sentencia del Tribunal Constitucional Aleman sobre el Tratado de Maastricht. Traduzido do alemão por MARTIN, José y PÉREZ DE NANCLARES. In *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 21: (1994), p. 745-769, especialmente p. 759.

⁴⁵¹ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito ..., cit., p. 150-151; CANNIZZARO, Enzo - Un Nuovo Indirizzo ..., cit., p. 35-36. E ainda MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 881-883 e PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 151 e ss..

a ser tomada em instância comunitária for da competência dos *Länder*, é necessária a participação do *Bundesrat*), e permitiu a ratificação do Tratado da União Europeia. Este texto pode interpretar-se no sentido em que a Alemanha estará vinculada pelas normas da União Europeia desde que esta garanta a protecção dos direitos fundamentais a um nível equiparável ao que resulta da Lei Fundamental, pelo que, desaparecida esta condição, desaparece também o compromisso contido na dita disposição⁴⁵².

O Tribunal Constitucional manteve, todavia, uma reserva de constitucionalidade, pela qual ele poderá zelar. A referência estabelecida, pelo novo artigo 23.º, aos princípios que devem ser respeitados pela União Europeia (democracia, Estado de Direito, princípios sociais e federativos, subsidiariedade, garantia de uma protecção dos direitos fundamentais substancialmente comparável à da Lei Fundamental) assim como a menção no mesmo artigo da aplicabilidade do artigo 79.º, n.º 3.º (respeito, por parte de toda e qualquer emenda à Lei Fundamental, da divisão da Federação em *Länder*, do princípio da participação dos *Länder* na actividade legislativa e dos princípios enunciados nos artigos 1.º e 20.º: protecção dos direitos do homem e princípios constitucionais como o direito de resistência) à instituição da União Europeia, às modificações do seu fundamento convencional e às outras regulamentações comparáveis que modificam ou complementam a Lei Fundamental no seu conteúdo ou permitem tais complementos ou modificações, acentuaram o enquadramento constitucional da construção comunitária. O Tribunal reconheceu-se competente para controlar os actos jurídicos das instituições europeias se eles ficam nos limites dos direitos soberanos que lhes são atribuídos. Esta jurisprudência, lembrando os limites constitucionais e vigiando as instituições comunitárias contra todo e qualquer risco de derrapagem no exercício dos seus poderes, testemunha a permanência de uma reserva constitucional cuidadosamente delimitada pelo Tribunal.

A recusa do efeito directo das directivas pelo Tribunal fiscal federal só pôde ser superada pela intervenção do Tribunal Constitucional que declarou inconstitucional um

⁴⁵² KEGEL, Patrícia Luíza - As Constituições Nacionais ..., cit., p. 47; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 884-885; e ainda LOPEZ-CASTILLO, Antonio - De Integracion Y Soberania. El Tratado Sobre La Union Europea (TUE) Ante La Ley Fundamental Alemana (LF). In Revista de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 40: (1994), p. 207-240, especialmente p. 228 e ss..

acórdão dessa jurisdição suprema, negando todo o efeito directo às directivas (Tribunal Constitucional, sentença *Kloppenburger/Bundesfinanzhof*, de 8 de Abril de 1987)^{453 454}.

A sentença sobre Maastricht⁴⁵⁵, que foi pronunciada pelo Tribunal Constitucional federal no âmbito do processo de ratificação do Tratado da União Europeia, pelo impacto das suas conclusões, redireccionou o debate acerca das relações entre Direito Constitucional e Direito Comunitário.

Apesar de manter a posição do T.J.C.E. quanto à autonomia e particularidade do Direito Comunitário, o Tribunal Constitucional federal alemão não considera que estas duas características signifiquem o desligar do Direito originário e do Direito derivado dos seus fundamentos no Direito Internacional, o que fica bem claro com a ênfase dada à “Lei de Aprovação” como sendo a fonte formal de validade do Tratado de Maastricht em território alemão. Mantendo o controle da constitucionalidade das “Leis de Aprovação” dos tratados institutivos, o Tribunal Constitucional exerce, indirectamente, também esse controle sobre o conjunto do Direito Comunitário primário. Além disso, condiciona a primazia e a aplicabilidade directa e imediata não ao carácter exclusivo da norma comunitária, mas aos dispositivos constitucionais de recepção que permitiram tais características. De um modo geral, o Tribunal Constitucional alemão tem evitado uma posição de confronto com o T.J.C.E. a respeito de direitos fundamentais⁴⁵⁶.

2.2. França

Em França, a proclamação da autoridade superior dos tratados sobre as leis pelo artigo 55.º da Constituição Francesa, de 1958, não afastou todas as dificuldades. A maioria da doutrina francesa continua a qualificar de pretoriana a jurisprudência do T.J.C.E. que reconhece ao Direito Comunitário, pela sua especificidade, um primado absoluto sobre as

⁴⁵³ Ver: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE)*, 75, p. 223.

⁴⁵⁴ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne. In MIRANDA, Jorge (org.) - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 717-798, especialmente p. 790-795.

⁴⁵⁵ Sobre esta sentença pode ver-se em: La Sentencia del Tribunal Constitucional Aleman sobre el Tratado de Maastricht. In *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 20, n.º 3: (1993), p. 745-769, para mais desenvolvimento: STEIN, Torsten - La Sentencia del Tribunal ..., cit., p. 745-769.

⁴⁵⁶ KEGEL, Patrícia Luíza - As Constituições Nacionais e os Limites à Integração Regional. In *Temas de Integração*. Coimbra: Livraria Almedina. 4.º vol. - 1.º Semestre 1999 - n.º 7: (1999), p. 33-55, especialmente p. 48-51.

regras de direito interno, mesmo as constitucionais. O ex-presidente Goguel do Conselho Constitucional não hesitou em proclamar o primado absoluto do texto constitucional, com fundamento na soberania nacional, e igualmente o Conselheiro de Estado Abraham contestou a tese do Tribunal das Comunidades, com base nos artigos 54.º e 55.º da Constituição, os quais, ao permitirem o controle da conformidade dos tratados com a Constituição, os coloca numa posição de infraconstitucionalidade, dando-lhes o artigo 55.º valor supralegislativo e autoridade no direito interno⁴⁵⁷. Assim, os juízes durante muito tempo recusaram-se a fazer prevalecer os tratados sobre as leis posteriores. Os imperativos comunitários suscitaram uma evolução das jurisdições. Só em 1989, o Conselho de Estado abandonou as suas posições tradicionais⁴⁵⁸. Esta jurisprudência, que é em geral fundada, explicitamente ou implicitamente, sobre o artigo 55.º, estendeu-se, naturalmente, aos regulamentos e depois às directivas⁴⁵⁹.

Deve recordar-se que coexistem em França três instâncias jurisdicionais superiores: o Conselho Constitucional que é competente para conhecer, com carácter prévio, da constitucionalidade dos tratados que o Governo francês pretenda concluir; o Tribunal de Cassação, órgão máximo, estritamente judicial; e o Conselho de Estado, tribunal superior na ordem contencioso-administrativa. Cada um dos três tribunais mantém posturas mais ou menos diferentes em relação ao Direito Comunitário.

Quanto ao Conselho Constitucional, bastará dizer que em todas as ocasiões em que foi solicitado para decidir sobre a constitucionalidade de algum dos textos modificativos dos Tratados de Paris e de Roma, não encontrou contradições com a Constituição. Foi assim, até ao exame da compatibilidade do Tratado de Maastricht, ao apreciar preventivamente a constitucionalidade do mesmo, o Conselho Constitucional francês considerou, na sua decisão de 19 de Abril de 1992, que ele contrariava as “condições essenciais do exercício da soberania” previstas na Constituição. O Tratado da União seria contrário às disposições constitucionais em três pontos: no direito de voto reconhecido aos nacionais de outros

⁴⁵⁷ Ver: PIRES, Maria José Morais - *Relações entre o Direito Internacional ...*, cit., p. 170 ainda MATHIJSEN, P. S. F. R. - **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 416-417; RIDEAU, Joel - *Constitution et Droit International dans les Etats membres des Communautés européennes - Réflexions générales et situation française*. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. N.º 2: (1990), p. 259-296; LUCHAIRE, François - *Le Traité d'Amsterdam et la Constitution*. In Revue du Droit Public. Paris: L.G.D.J., n.º 2: (1998), p. 331-350.

⁴⁵⁸ Conselho de Estado - Arrêt de 20 de Outubro 1989, *Nicolo, Rec. Leb.*, p. 190.

⁴⁵⁹ Ver: RIDEAU, Joel - *L'Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 783-787.

Estados-membros nas eleições municipais, pois o artigo 3.º afirmava que só os cidadãos nacionais tinham direito a voto; na transição para a terceira fase da união económica e monetária com o sistema de moeda única e paridade do *écu*, que privava o Estado de uma das suas competências tradicionais; e na liberdade de circulação de pessoas, que também se prende com o exercício da soberania, implicando uma política comum de concessão de vistos a nacionais de terceiros países. O que deu lugar à Lei de Revisão Constitucional n.º 554/92, de 25 de Junho, que introduziu as reformas oportunas. Alteraram-se três artigos, dos quais o mais relevante terá sido a alteração ao artigo 54.º, pois veio alargar a enumeração das entidades que podem suscitar a inconstitucionalidade de normas de tratados e acordos internacionais, à semelhança do que já se passava com as leis ordinárias. Acrescentou-se ainda um novo título destinado exclusivamente à integração nas Comunidades Europeias e na União Europeia, o qual inclui duas cláusulas de reciprocidade. Após a revisão, o Presidente da República convocou um referendo, nos termos do artigo 11.º da Constituição, cujo resultado positivo o autorizou a ratificar o Tratado de Maastricht, processo que foi utilizado pela primeira vez na história da V República⁴⁶⁰.

Por outro lado, o Conselho Constitucional manifestou-se, repetidamente, contra o facto de o Direito derivado ou as normas que o desenvolvem puderem ser submetidas a controle de constitucionalidade. No acórdão *Nicolo*, de 20 de Outubro de 1989, o Conselho Constitucional aceitou, finalmente, apreciar a compatibilidade de leis posteriores com o Tratado de Roma, não deixando, no entanto, de referir as “estipulações claras” dos seus artigos.

Por sua vez, o Tribunal de Cassação, a partir de 1975, iniciou uma nova linha jurisprudencial que consagra a primazia do Direito Comunitário, originário ou derivado, sobre toda a lei interna, anterior ou posterior. A decisão que marcou o início desta atitude foi a sentença *Vabre*, de 24 de Maio de 1975, em que este Tribunal fez, pela primeira vez, prevalecer as normas do Tratado de Roma sobre o Código das Alfândegas - lei interna posterior - fazendo referência tanto ao artigo 55.º, como à especificidade do Direito Comunitário e afastando o princípio da hierarquia das fontes. Nesta decisão, o Tribunal afirmou também que o juiz nacional não só era competente para declarar a inaplicabilidade de qualquer lei contrária ao T.C.E.E., como estava obrigado a fazê-lo, e negou que a exigência de

⁴⁶⁰ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional ..., cit., p. 139-190, especialmente p. 178. E MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 872- 873.

reciprocidade contida no artigo 55.º possa justificar um incumprimento do Direito Comunitário, uma vez que ele incorpora mecanismos que garantem suficientemente, por si mesmos, que a ordem comunitária afecta por igual a todos os Estados partes do tratado. Fundando a sua decisão “na própria natureza da ordem jurídica criada pelo Tratado de Roma”, o Tribunal reconheceria que “a transferência operada pelos Estados-membros da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dentro dos limites dos direitos e obrigações correspondentes às disposições dos tratados, implica uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos contra a qual não poderia prevalecer um acto unilateral posterior incompatível com a noção de Comunidade”. O Tribunal de Cassação reconhecia, assim, tanto a superioridade do Direito Comunitário, face às leis posteriores, como a necessidade de examinar a validade das normas comunitárias ou das normas internas de execução, em relação ao disposto pelo próprio Direito Comunitário. Desde a sentença *Vabre*, a primazia do Direito Comunitário sobre toda a lei interna ficou definitivamente assente na jurisprudência francesa.

A doutrina do Conselho de Estado, quanto às relações entre tratados ou actos comunitários e leis posteriores, arranca da polémica sentença *Semoules*, de 1 de Março de 1968, onde este alto Tribunal se negou a outorgar primazia a um regulamento comunitário sobre uma norma posterior com valor de lei. A tese do Conselho foi: declarando a inoponibilidade de uma lei posterior a um tratado em virtude do artigo 55.º, o juiz ordinário realizaria uma operação de controle de constitucionalidade que a Constituição reserva a um órgão especializado, o Conselho Constitucional. Em consequência, o juiz não deve questionar a validade da norma e tem de limitar-se à missão “subordinada de aplicar a lei”. A oposição do Conselho de Estado a que o juiz fizesse prevalecer os tratados sobre a lei interna devia-se à preocupação em evitar que invadisse o domínio da competência do Conselho Constitucional. A lei pode ser ou não contrária ao Direito Comunitário, mas são outras instâncias (o legislador) que têm de preocupar-se em remediar a infracção se ela proceder. Entretanto, os tribunais ordinários deverão aplicar a norma em detrimento das disposições comunitárias. A interpretação do tribunal comunitário é muito diferente, já que, para este, o Direito Comunitário desfruta de autonomia em relação aos ordenamentos nacionais como corolário da “cessão de direitos soberanos” que estes realizam desde o momento da entrada em vigor dos tratados.

O Tribunal de Cassação aplicará as disposições europeias, respeitando a sua primazia sobre toda a lei interna e atendendo ao seu possível efeito directo, enquanto que o Conselho

de Estado fará prevalecer as leis posteriores e se servirá unicamente de normas internas de aplicação, negando toda a eficácia às disposições comunitárias que, precisando, não tenham sido transpostas para o Direito interno.

Quanto ao efeito directo das directivas, negado na sentença *Cohen-Bendit*, de 1978, foi implicitamente aceite na sentença *Alitalia*, de 1989, ao impor à Administração a revogação de regulamentos internos contrários às directivas comunitárias⁴⁶¹. A negação pelo Conselho de Estado do efeito directo das directivas não transpostas não variou substancialmente. Por outro lado, a jurisdição administrativa mantém a responsabilidade do Estado pelos danos sofridos pelos particulares em virtude da não implementação das directivas, mitigando desta forma a recusa do Conselho de Estado em aceitar o efeito directo das directivas⁴⁶².

Diz também Gérard Teboul que tem de se tomar consciência que o artigo 54.º da Constituição francesa pode ser considerado como uma norma que, referindo-se à prevalência da Constituição perante o juiz ordinário, não abrange o Direito Comunitário originário. Partindo dessa premissa, constata-se que a regra *pacta sunt servanda*, aplicável na ordem jurídica francesa, não é contraditória com nenhuma disposição constitucional precisa. Em consequência, o direito estabelecido pelos tratados comunitários triunfa, em nome da vontade do poder constituinte, sobre o acto constitucional. Pode assegurar-se, sem que seja necessário recorrer ao princípio *pacta sunt servanda*, a prevalência do Direito Comunitário originário sobre a Constituição. O silêncio do acto constitucional implica a superioridade que caracteriza, no absoluto, o Direito Comunitário convencional, e bem entendido, esta superioridade, considerada como admitida pelo acto constitucional (auto-limitação), implicará a prevalência das normas comunitárias convencionais sobre a Constituição.

Acrescenta ainda aquele Autor que nas relações com a norma constitucional francesa, o Direito Comunitário derivado deve, no Estado actual da jurisprudência, inclinar-se perante a lei fundamental. No entanto, esta jurisprudência deve ser capaz de evoluir. Desde logo, porque segundo o direito convencional, as normas de direito derivado devem ser obedecidas,

⁴⁶¹ PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional ..., cit., p. 170-178. Sobre o assunto de o conflito entre tratado e lei ser ou não um conflito constitucional ver: PÉREZ TREMPs, Pablo - **Constitución Española y Comunidad Europea**. 1.ª ed.. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1994, p. 140 e ss.; assim como GALMONT, V. - El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los tratados. In *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 1: (1990), p. 9 e ss.; ABRAHAM, R. - Les effets des conventions internationales en droit interne, apêndice à sua obra **Droit international, droit communautaire et droit français**. Paris, 1989.

⁴⁶² MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 872-880. Também SEGORBE, Beatriz e TRABUCO, Cláudia - **O Conselho Constitucional Francês**. Coimbra: Quarteto Editora, 2002, p. 151 e ss..

o respeito pelo direito convencional implica o respeito das regras consignadas nos actos de direito derivado. Mas bem entendido, este pensamento só pode ser seguido se o juiz ordinário aceitar fazer primar o Direito Comunitário originário sobre a Constituição francesa.

A Constituição francesa não se pronuncia, nem de maneira implícita, sobre os conflitos entre Direito Comunitário não escrito e normas constitucionais. Nesta perspectiva, face à técnica de incorporação com primazia do Direito Internacional, o silêncio do poder constituinte poderá ser interpretado como valendo de garantia da prevalência das regras comunitárias de direito não escrito. Assim, com a condição de serem claramente identificadas, estas últimas serão susceptíveis de se imporem a todas as regras nacionais⁴⁶³.

É preciso acrescentar que as condições de exercício do controle de constitucionalidade dos tratados e acordos internacionais, que se exerce antes da sua ratificação ou aprovação, excluem toda a hipótese posterior de pôr em causa transferências operadas pelo Conselho Constitucional ou pelos juízes ordinários. A conclusão de tratados ou acordos, comportando transferências de competências, faz-se segundo o procedimento ordinário previsto pelos artigos 52.º e 53.º da Constituição com a possibilidade (prevista pelo artigo 11.º) de substituir a autorização referendária de ratificação pela autorização parlamentar, como aconteceu com o Tratado de Maastrich.

2.3. Itália

Em Itália, o Tribunal Constitucional comparte, até certo ponto, as preocupações do seu homólogo alemão, mas as suas soluções acomodam-se mais à primazia do Direito Comunitário do que as alcançadas pelo Tribunal alemão. O Tribunal Constitucional italiano defende a sua competência para actuar, salvaguardando os princípios constitucionais, quando o comportamento das instituições comunitárias obedeça a um uso ou interpretações “aberrantes” dos seus poderes. Já a sua sentença, n.º 183/1973, *Frontini*, de 27/12/1973, estabeleceu que o dito Tribunal só controlaria a constitucionalidade se, por via de uma interpretação aberrante do artigo 249.º (artigo 189.º T.C.E.E.), se verificasse uma violação de princípios da ordem jurídico-constitucional ou dos direitos inalienáveis da pessoa, levada a

⁴⁶³ TEBOUL, Gérard - Ordre juridique international et ordre juridique interne. In *Droit Public*. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. Vol. 3: (Mai-Juin 1999), p. 697-719, especialmente p. 714-717.

cabo pelas instituições comunitárias ao adoptar actos de Direito Comunitário⁴⁶⁴. A justificação desta reserva encontra-se, segundo o Tribunal, nos Estados-membros, que têm em comum ordenamentos que asseguram o respeito dos direitos humanos fundamentais, não transferiram as suas competências para a Comunidade para que esta as utilize, contrariando direitos constitucionais. Como consequência, o que o Tribunal reivindica é exactamente a faculdade de velar pela “constante compatibilidade do tratado” com os princípios constitucionais. Assim, na sua sentença n.º 168/91, *Giampaoli*, de 18 de Abril, o Tribunal estabeleceu, como limite à recepção do Direito Comunitário, o respeito inalienável da pessoa humana e dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico. À margem da questão dos direitos fundamentais, na qual o Tribunal não alterou a sua posição inicial de reconhecimento da autonomia do ordenamento comunitário, a aplicação do Direito Comunitário pelos órgãos jurisdicionais superiores italianos distancia-se muito das exigências que a especificidade daquele impõe. A culpa de tudo isto pode atribuir-se, em boa medida, à tradição dualista do ordenamento jurídico italiano⁴⁶⁵. O dualismo desapareceu, dificilmente, graças a uma evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional fundada sobre as consequências a tirar do artigo 11.º da Constituição, que autoriza as limitações de soberania e serviu de fundamento às atribuições de competências operadas em benefício da ordem jurídica comunitária (sentença do Tribunal Constitucional, n.º 183/73, *Frontini et Pozzani*, de 27 de Dezembro⁴⁶⁶, e sentença n.º 170/1984, *Granital/Amm. Finanze*, *Giurisprudenza costituzionale*, de 8 de Junho de 1984)⁴⁶⁷. Os tratados comunitários, por causa da conjuntura política italiana na época da criação das Comunidades, não puderam ser aprovados por leis constitucionais, a ratificação do tratado institutivo da C.E.E. fez-se através de uma lei ordinária, de 14/10/57, mantendo a doutrina, durante vários anos, a sua atitude tradicionalmente dualista. Tudo se conjugou para que o Direito Comunitário tenha recebido durante muito tempo um tratamento

⁴⁶⁴ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2ª ed.. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1995, p. 543 e 544, de um modo evolutivo SAIZ ARNAIZ, Alejandro - El Derecho Comunitario, Parametro de la Constitucionalidad de las Leyes Internas? In Revista de Instituciones Europeas, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 22, n.º 2: (1995), p. 571-591.

⁴⁶⁵ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 886-888. Ver também CHITI, Mario P. - La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o "Monstro simile"? In Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Milano: Giuffrè Editore. N.º 3/4: (1996), p. 591-613, especialmente p. 592-596.

⁴⁶⁶ In Revue Trimestrelle de Droit Européen, 1974, p. 148 e ss..

⁴⁶⁷ In Il Foro Italiano, 1984, p. 1098. Ver também: PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 141 e ss.; ainda do mesmo Autor Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunais ordinarios frente al Derecho comunitario. In Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 12: (1985), p. 157-181.

idêntico ao dispensado ao Direito Internacional, dependendo a sua eficácia da adopção de medidas internas de introdução e do jogo da regra de sucessão de normas no tempo, regra essa que afectou quer o Direito Comunitário originário quer o derivado. A jurisprudência italiana só após vários anos (em 1984) é que chegou a conclusões semelhantes às do Tribunal das Comunidades. O caso mais célebre foi a sentença *Costa/ENEL* do Tribunal Constitucional italiano (n.º 14/1964, de 9/03/1964)⁴⁶⁸ que constituiu o primeiro aviso dos obstáculos que o Direito Comunitário iria encontrar nas suas relações com o direito italiano. Os factos eram: um advogado de Milão, o Sr. Costa, recorreu perante o *Giudice conciliatore* desta cidade contra a empresa nacional *ENEL*, pretendendo contestar a quantidade que esta lhe exigia como pagamento da energia ministrada. Para o demandante, a lei de nacionalização da energia eléctrica pela qual se criou a *ENEL* era contrária então aos artigos 37.º, 53.º, 93.º e 102.º do Tratado C.E.E., e devia declarar-se inconstitucional por vulnerar o artigo 11.º da Constituição que autorizou as limitações de soberania em favor da Comunidade Europeia. A questão da constitucionalidade, que o juiz de Milão remeteu ao Tribunal Constitucional, foi recusada por este que não admitiu a prevalência do tratado sobre a lei *ENEL*. De acordo com as suas conclusões, rigidamente dualistas, o artigo 11.º autorizava a Itália a aderir às Comunidades, mas não permitia concluir que a lei de execução tivesse valor superior às outras leis. De acordo com as suas conclusões, a incompatibilidade entre o tratado e uma lei posterior não podia examinar-se em termos de constitucionalidade, mas sim deveria resolver-se dando primazia a esta última, em virtude do princípio da derrogação de normas anteriores pelas posteriores de igual valor. Assim, as normas comunitárias como as de qualquer outro tratado cediam perante as leis internas posteriores, de acordo com o princípio de que a *lex posteriori derogat lex prior*. Antes de conhecer-se a decisão do Tribunal Constitucional, o juiz de Milão fez um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça das Comunidades que este resolveu na sua histórica sentença *Costa/ENEL* de 15/07/1964, estabelecendo de modo determinante a primazia do Direito Comunitário face aos actos legislativos internos posteriores. O Alto Tribunal italiano iria abandonar parcialmente a sua interpretação na sentença n.º 98/1965, *San Michele*, de 27/12/1965, mas a volta decisiva na jurisprudência constitucional veio a produzir-se cerca de 10 anos depois com a sentença *Frontini* de 27/12/1973. Para aquele Tribunal, o Direito Comunitário não se integra no Direito interno, em lugar de integração dá-se a coordenação entre sistemas autónomos e distintos, “segundo a

⁴⁶⁸ In *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, p. 129.

repartição de competências estabelecida e garantida pelo tratado”, desta forma sustinha a coexistência dos dois ordenamentos mediante relações de coordenação competencial e não em virtude de uma hierarquização entre normas internas e comunitárias⁴⁶⁹. Por outro lado, o Tribunal Constitucional afastou a hipótese, posta por um tribunal inferior, de apreciar a constitucionalidade de regulamentos comunitários que o T.J.C.E. não admite, e claramente rejeitou na sentença n.º 106/77, *Simmenthal*, de 9/03/78⁴⁷⁰. No entanto, em 1984, o Tribunal Constitucional italiano reconheceu o primado do Direito Comunitário na sentença *Granital v. Amministrazione finanziaria*⁴⁷¹, que considerou as normas comunitárias diferentes das leis internas, já que se aplicam directamente na ordem interna, sem precisarem de lei de transformação, a qual será mesmo, segundo alguns autores, contrária à aplicabilidade directa prescrita no artigo 249.º do T.C.E. (artigo 189.º do T.C.E.E.). Assim, aquele Tribunal aceitou que os regulamentos comunitários, por força do Tratado de Roma, são directamente aplicáveis na ordem interna e não podem ser derogados mesmo por lei interna posterior, em caso de incompatibilidade, os tribunais deverão aplicar o regulamento comunitário. No entanto, em 1989, o Tribunal considerou que eventuais incompatibilidades entre normas internas e comunitárias não derogam as primeiras, apenas as deixam inaplicadas (sentença do Tribunal Constitucional n.º 389/1989, de 11/07/89)⁴⁷². Já em 1984, o Tribunal reconheceu, ao juiz ordinário, o direito de afastar, com este fundamento constitucional, as normas nacionais contrárias ao Direito Comunitário, lembrando a existência de uma reserva constitucional constituída pela referência aos princípios constitucionais fundamentais e aos direitos do homem garantidos pela Constituição italiana. O Tribunal Constitucional italiano reconheceu, claramente, o efeito directo das directivas, sublinhando o dever do juiz nacional de não aplicar a norma nacional contrária (Tribunal Constitucional, sentença n.º 64/1990, *Richiesta di referendum abrogativo dell’ articolo 5.º della lei de 30 de Abril de 1962*, de 18 de Janeiro de 1990)⁴⁷³.

O Tribunal Constitucional lembrou, entretanto, na sentença *Granital* que a lei de ratificação não autorizava as instituições comunitárias a violar os princípios constitucionais fundamentais e os direitos do homem garantidos pela Constituição italiana.

⁴⁶⁹ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 888-889.

⁴⁷⁰ In *Recueil de la Jurisprudence* ..., 1978-3, p. 629 e ss..

⁴⁷¹ In *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, I, p. 1222.

⁴⁷² In *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, I, p. 1757. Citado in PESCATORE - Cost. Anotada artigo 11.º. E PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional ..., cit., p. 149-150.

⁴⁷³ In *Rivista di diritto internazionale*, n.º 283, 1990, p. 152.

O juiz nacional deverá, também, reenviar a questão à jurisdição constitucional no caso da lei nacional visar: “impedir ou comprometer a observação contínua do tratado quando se trate da sua economia ou do seu nível de princípios essenciais”⁴⁷⁴.

De acordo com Fabrizio Pagani, na sentença *Granital* confiava-se directamente ao juiz ordinário a tarefa de fazer prevalecer a norma comunitária, não aplicando a norma interna, quer anterior quer posterior. O Tribunal retomava a tese do carácter autónomo e distinto dos dois ordenamentos e chegava à conclusão da inadmissibilidade de um juízo de constitucionalidade no caso de antinomia. O Tribunal pretendia reforçar a tese da natureza distinta mas coordenada do ordenamento interno e do comunitário, sublinhando a inadmissibilidade de qualquer juízo de constitucionalidade relativo a um hipotético contraste entre a norma interna e a comunitária, resolvendo-se toda a eventual antinomia através da atribuição, ao juiz de mérito, da plena competência para não aplicar as disposições internas contrastantes em razão do princípio da não aplicabilidade do direito nacional no espaço do Direito Comunitário.

Na sentença n.º 115, de 1993, o Tribunal Constitucional italiano reafirmou a jurisprudência precedente no sentido da impossibilidade que uma contradição entre normas nacionais e normas comunitárias desse lugar a questões de legitimidade constitucional e de confiar ao juiz, comum ou administrativo, a garantia da directa aplicabilidade do Direito Comunitário. Na sentença n.º 384, de 1994, a intervenção do Tribunal é justificada pela intenção de prevenir a introdução no ordenamento de normas regionais contrárias a disposições comunitárias. Como é de notar no caso da impugnação de leis estatais, o juízo do Tribunal respeita a um acto já perfeito e vigente enquanto que, se o objecto de impugnação for uma lei regional, o juízo é anterior à promulgação e o acto não está ainda em vigor. É só neste segundo caso que, com a sentença n.º 384, o Tribunal justificava a admissibilidade do juízo de constitucionalidade na base da necessidade “de impedir na raiz o risco de inobservância das obrigações comunitárias”. A conclusão acolhida com a sentença n.º 94, de 1995, teve um verdadeiro impacto inovador. O Tribunal não se contenta em prevenir qualquer forma de possível incerteza normativa posterior assim impele outros e toma o encargo da necessidade de “depurar” o ordenamento nacional das normas incompatíveis com as comunitárias. Neste

⁴⁷⁴ Ver: RIDEAU, Joel - *L' Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 790-795. E DELPÉRIÉE, Francis - *Le Fédéralisme en Europe*, cit., p. 89 e ss..

sentido, reclama uma jurisprudência constitucional, precedida da pronúncia pelo Tribunal de Justiça que se considera obrigado em todos os casos a uma acção “de limpeza” da ordem nacional. Esta tese acaba por justificar um retorno à sindicabilidade constitucional da antinomia entre os dois ordenamentos. Mas não é assim. Não se trata da legitimidade de uma norma enquanto aplicável mas de “uma norma por si lesiva da competência constitucionalmente garantida às Regiões (...). Ou violadora de normas constitucionais (...)”.

O Tribunal continua a garantir a primazia do Direito Comunitário e neste âmbito procura equilibrar dois ensinamentos de certo modo contrários: de um lado, aquele de preservar uma continuidade, um rigor e um enquadramento jurídico que se funda na tese da autonomia e independência dos dois ordenamentos e por outro, dar resposta à tendência de assegurar ao máximo o Direito Comunitário em virtude do aprofundamento do processo de integração europeia. Por um lado, há o direito-dever do juiz de não aplicar a norma interna e, por outro, o juízo de constitucionalidade. No caso de controle concreto, por via incidental, cabe ao juiz comum resolver a antinomia, no caso de controle abstracto, por via principal, o tribunal procederá ao juízo de constitucionalidade⁴⁷⁵.

2.4. Bélgica

Na Bélgica, dada a falta de disposições constitucionais específicas, a primazia dos tratados internacionais foi consagrada, pela jurisprudência, sob a pressão das necessidades criadas pela pertença da Bélgica às Comunidades Europeias. Numa interessante sentença em matéria de incumprimento (sentença n.º 68-73/81, de 2 de Fevereiro de 1962) o Tribunal das Comunidades declarou expressamente que “segundo a jurisprudência constante do Tribunal, um Estado-membro não pode alegar normas práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar o incumprimento das obrigações derivadas das directivas comunitárias”, com efeito o Governo belga tinha recorrido à lei sobre a regionalização para justificar a não transposição de directivas. O Advogado-geral acrescentou nas conclusões que “a execução das directivas por meio de actos normativos de carácter regional é perfeitamente aceitável, desde o ponto de vista comunitário, sendo o Estado-membro livre de distribuir como julgue oportuno as competências normativas a nível interno, mas cada Estado-membro, qualquer que

⁴⁷⁵ Ver: PAGANI, Fabrizio - *Preminenza del Diritto Comunitario e Nuovi Strumenti Atti a garantirla*. In *Rivista di Diritto Internazionale*. Milano: Giuffrè Editore, S.P.A.. Vol. LXXVIII: (1995), p. 973-981.

seja a sua estrutura permanece responsável no caso de incumprimento, em parte ou na totalidade do seu território”.

O Supremo Tribunal belga veio a reconhecer a primazia dos tratados internacionais sobre o direito nacional, apoiando-se em considerações específicas inspiradas pela jurisprudência comunitária (sentença *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski c. État Belge*). Esta solução foi apoiada pelo conjunto das jurisdições belgas. O efeito directo do Direito Comunitário foi admitido sem dificuldades como uma consequência lógica do monismo.

A sentença *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski c. État Belge* proferida pelo Supremo Tribunal, em 27 de Maio de 1971, colocava em causa uma disposição dos tratados comunitários: “quando o conflito existe entre uma norma de direito interno e uma norma de Direito Comunitário, os tratados que criaram o Direito Comunitário instituíram uma nova ordem jurídica em benefício da qual os Estados-membros limitaram o exercício dos seus poderes soberanos nos domínios que estes tratados determinam”. A doutrina colocou a questão de saber se aquele Tribunal tinha consagrado uma diferença de natureza entre o Direito Comunitário e os outros tratados internacionais, ou somente uma diferença de grau ou de intensidade entre os dois fenómenos. Numa passagem das suas conclusões, Ganshof Van Der Meersch parece aceitar a primazia do Direito Comunitário sobre a Constituição, quando diz: “O Direito Comunitário é um direito específico e autónomo que se impõe às jurisdições dos Estados-membros e não lhes permite opor um direito interno, qualquer que seja. A própria natureza da ordem jurídica instituída pelo Tratado de Roma confere a esta primazia um fundamento próprio, das disposições constitucionais dos Estados. Esta carácter específico do Direito Comunitário atende aos objectivos do tratado que tem em vista a criação de uma ordem jurídica nova cujos sujeitos são não somente os Estados mas também os dependentes destes Estados (...)”⁴⁷⁶, confirmando o que já dissera, em 1966. Este extracto contrasta com as incertezas relativas à primazia do Direito Internacional convencional directamente aplicável sobre a Constituição. O monismo jurídico entre as ordens comunitária e estatal parece mais profundo do que aquilo que o Procurador-Geral tinha postulado entre as ordens estatais e a ordem internacional⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Citado por: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe et Primauté des Traités Internationaux et du Droit Communautaire*. In *Revue Belge de Droit International*. Bruxelles: Bruylant. Vol. XXIX: (1996 - 1), p. 33-89, pé-de-página n.º 140, da p. 64.

⁴⁷⁷ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe ...*, cit., p. 63-65. E DÈLPÉRÉE, Francis - *Le Fédéralisme en Europe*, cit., p. 88 e ss..

Após a sentença *Le Ski* uma parte da doutrina colocou a questão de saber se era oportuno consagrar a novidade num texto constitucional ou se era preferível deixar a jurisprudência reafirmar a sua posição. Avançou-se que o artigo 25.º *bis* da Constituição (actual 34.º) constituía uma base suficiente para fundar a primazia do Direito Comunitário⁴⁷⁸.

Os Tratados C.E.C.A., C.E.E. e Euratom foram ratificados sem uma prévia revisão da Constituição belga autorizando a transferência de poderes para as organizações supranacionais. A adaptação constitucional só teve lugar, em 1970, com a inserção do antigo artigo 25.º *bis*. Aconteceu o mesmo com o Tratado de Maastricht. Este foi aprovado pelas Assembleias parlamentares e ratificado pelo governo, não obstante a decisão do Conselho de Estado que sublinhou a contrariedade entre o artigo 8.º -B, § 1.º do T.C.E.E. (hoje artigo 19.º) - que confere aos cidadãos europeus o direito de voto e elegibilidade para as eleições locais - e o antigo artigo 4.º (hoje 8.º) da Constituição - que reservava aos belgas a capacidade eleitoral. Era necessário rever a Constituição antes de aprovar e ratificar o Tratado de Maastricht. O governo recusou seguir a opinião do Conselho de Estado. Entre os diversos argumentos avançados, o Primeiro-ministro J. L. Dehaene declarou que uma vez em vigor o Tratado de Maastricht teria primazia sobre a Constituição. Perante o Parlamento e os Tribunais, a questão do conflito entre o Direito Comunitário e a Constituição não se colocou, a não ser de maneira puramente teórica, como no caso dos tratados internacionais. Quer dando primazia ao Direito Comunitário, afastando a aplicação de uma regra constitucional, quer afirmando a primazia da Constituição mas sem a poder sancionar. O Direito Comunitário nunca foi afastado em benefício da Constituição⁴⁷⁹.

Em 1994, o Tribunal de arbitragem belga rejeitou, por falta de interesse em agir, um recurso dirigido contra a lei de aprovação do Tratado da União Europeia com vista a declará-la inconstitucional, deixando assim aberta a possibilidade de controlar um texto de aplicação, e o tratado ele mesmo, ou um texto europeu face à Constituição (sentença n.º 76/94, de 18 de Outubro de 1994)⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ DELPÉRÉE, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**, cit., p. 65. E ainda QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991, p. 90.

⁴⁷⁹ Ver: BRIBOSIA, Hervé - *Applicabilité Directe ...*, cit., p. 68- 70.

⁴⁸⁰ Ver: RIDEAU, Joel - *L'Europe dans les Constitutions ...*, cit., p. 782-785.

2.5. Luxemburgo

No Luxemburgo, a jurisprudência tradicionalmente favorável aos tratados internacionais é, naturalmente, aplicada ao Direito Comunitário; o juiz substitui-se, assim, à falta de disposições constitucionais (Conselho de Estado, sentença *Bellion/Ministre de la Fonction publique*, de 21 de Novembro de 1984, e Tribunal de Cassação, sentença n.º 19/91, *Centre hospitalaire de Luxembourg/Mergen*, de 25 de Abril de 1991). A falta de um controle de constitucionalidade parece excluir toda a possibilidade de uma impugnação posterior de um acordo em vigor.

2.6. Holanda

Na Holanda, a primazia do Direito Comunitário é reconhecida sem dificuldade, quer com base nas disposições constitucionais (artigos 93.º e 94.º), segundo as quais as disposições legais não são aplicáveis desde que estejam em contradição com os tratados ou decisões das organizações internacionais obrigatórias para todos, quer com fundamento na sua própria natureza (Tribunal de Cassação, sentença *Bosch*, de 18 de Maio 1962).

Quanto ao efeito directo, os juízes holandeses referem-se de forma sistemática à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e questionam-no frequentemente. Eles conformam-se com a jurisprudência, particularmente no que se refere ao efeito directo das directivas (sentença *Hoge Raad*, de 23 de Novembro 1990, sentença n.º 298, *Van de Brand/R.K. Parochie Zoete Namm Jesus, Nederlandse Jurisprudentie - Administratiefrechtelijke Beslissingen*, de 1991). O artigo 120.º da Constituição holandesa impede o juiz de controlar a constitucionalidade dos tratados e das leis. Esta disposição exclui todo e qualquer controle a não ser o preventivo efectuado pelo Parlamento.

2.7. Dinamarca

Na Dinamarca, a Constituição é silenciosa sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. A lei de 1972, relativa à adesão deste Estado às Comunidades Europeias, não lhe fez referência a não ser quanto ao efeito directo. A questão de um conflito entre o Direito Comunitário e uma lei posterior (sobretudo se essa lei for o

Direito Constitucional), deliberadamente contrária às disposições europeias, ficou em suspenso, entretanto, a doutrina tem-se pronunciado, em geral, no sentido de uma aplicação do Direito nacional.

2.8. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte

No Reino-Unido, o ordenamento britânico era, sem dúvida, aquele que pelas suas características menos se prestava a um pacífico reconhecimento da prevalência e dos efeitos sobre os poderes públicos e os particulares do Direito Comunitário. A uma atitude dualista perante o Direito Internacional convencional e a ausência de Constituição escrita unia-se outro obstáculo: a soberania ilimitada do Parlamento. Como disse um Autor⁴⁸¹, “a doutrina da soberania do Parlamento é um princípio fundamental da Constituição britânica: estabelece que não há limites legais ao poder legislativo do Parlamento, excepto que o Parlamento não pode limitar os seus próprios poderes para o futuro (...). O Parlamento é constitucionalmente incapaz de privar-se a si mesmo deste poder (o de aprovar actos contrários ao Direito Comunitário)”. Todos estes inconvenientes foram superados no Reino Unido graças a uma cuidadosa redacção do *European Communities Act*, a norma interna de aprovação do acesso da Grã-Bretanha às Comunidades Europeias, de 1972, que justificou a primazia e o efeito do Direito Comunitário⁴⁸². O problema do dualismo ficou resolvido, pela dupla função que cumpre o *European Communities Act*, o qual não é apenas o documento em que se formaliza a autorização parlamentar à adesão, mas também o meio jurídico pelo qual se opera a introdução do ordenamento comunitário no sistema jurídico britânico. Este acto estabelece, também, que as disposições derivadas dos tratados às quais, segundo estes, se devam reconhecer efeitos legais sem ulteriores intervenções legislativas “serão reconhecidas e válidas em Direito e serão admitidas e cumpridas e far-se-ão cumprir desta forma”. Assim, o Direito Comunitário não passa a fazer parte do Direito nacional, mas existem os meios para assegurar o efeito directo das disposições que não o tenham atribuído de acordo com os tratados. A questão das leis posteriores contrárias, que põem em jogo a soberania do Parlamento, mantém-se. Conciliar a soberania do Parlamento com a primazia do Direito Comunitário, especialmente no que diz respeito às leis posteriores incompatíveis, era algo

⁴⁸¹ HARTLEY, T.C. - *The Foundations of European Community Law*, p. 244.

⁴⁸² MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - *Manual de Derecho* ..., cit., p. 890-892.

juridicamente inviável, porque, nada, nem sequer a vontade do próprio órgão legislativo, pode legalmente proibir-lhe que dite normas contrárias à legislação europeia e que as imponha ao resto dos poderes públicos. Assim, o máximo a que se pôde chegar foi a uma solução de compromisso consistente, em que o Parlamento, se deseja em algum momento exercer a sua soberania contra o Direito Comunitário, deverá fazê-lo constar explicitamente. O *European Communities Act* contempla o tema em duas fases: por um lado, estipula na sua secção 2.4 que toda a norma, anterior ou posterior à adesão, deverá ser interpretada ou elaborada de acordo com as demais disposições da secção, entre as quais figura o apartado 1.º relativo aos efeitos dos tratados e actos comunitários no Direito Interno. Num segundo passo, a mesma secção estabelece como critério interpretativo a presunção de que o Parlamento não pretenderá adoptar normas que contrariem o Direito Comunitário. Mercê deste artifício, os tribunais, que se enfrentem com a questão de aplicar uma norma comunitária ou uma lei nacional posterior que a contrarie, poderão fazer prevalecer a norma comunitária, dando à regulação interna a interpretação que a aproxime das prescrições do acto comunitário, deixando inaplicada a norma nacional, pressupondo que existe algum tipo de erro na sua aprovação. O Direito interno só deveria aplicar-se preferentemente se o Parlamento manifestasse claramente a sua intenção de desatender o ordenamento comunitário, mas semelhante comportamento teria repercussões políticas, equivaleria a questionar abertamente a permanência da Grã-Bretanha na Comunidade⁴⁸³. Os tribunais britânicos tiveram diversas vezes ocasião para tomarem posição sobre as relações entre Direito Comunitário e o Direito britânico. Ressalta desta jurisprudência, referindo-se muitas vezes ao Acto sobre as Comunidades Europeias, que a inserção do Direito Comunitário, o seu efeito directo (compreendendo também o das directivas) e a sua primazia foram largamente aceites e que as jurisdições britânicas não tornam a pôr em causa a primazia a não ser no caso de violação deliberada do Parlamento, traduzindo um colocar em causa político dos compromissos decorrentes dos tratados⁴⁸⁴.

Por último, há que assinalar uma série de decisões recentes que pressupõem, por um lado, o reconhecimento expresso da primazia do Direito Comunitário e, por outro, uma alteração nos papéis das distintas instituições britânicas encarregadas da aplicação do Direito

⁴⁸³ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 893-895.

⁴⁸⁴ Ver: RIDEAU, Joel - *L'Europe dans les Constitutions* ..., cit., p. 790-798.

Comunitário. No primeiro caso, temos as três sentenças *Factortame*⁴⁸⁵ da Câmara dos Lordes, de 1990, 1991 e 1992, nas quais se declarou a inaplicação de certos preceitos da legislação britânica incompatíveis com o Direito Comunitário, sem ter declarado a invalidade das normas em questão, que continuariam sendo aplicáveis fora do âmbito da influência do Direito Comunitário. No segundo caso, referimo-nos à sentença da Câmara dos Lordes, de 3 de Março de 1994, onde contrariamente ao anterior, em que se apresentava a aplicação singular de uma lei incompatível com o Direito Comunitário, aqui reconhece-se a faculdade dos tribunais para declarar que uma lei interna contraria o Direito Comunitário. A sentença produz efeitos declarativos e não anulatórios, procedendo-se, como no caso anterior, à sua inaplicação no âmbito de influência do Direito Comunitário e à sua aplicação para além deste último. Assinalou-se que “a Câmara dos Lordes quis preservar esse princípio essencial segundo o qual a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito dos Estados não implica a nulidade das normas destes, que contrariem as normas daquele”. Ainda assim, esta decisão reconhece aos juízes o poder de avaliar a adequação de uma lei do Parlamento a outra categoria de normas, faculdade extraordinária, tanto que até agora o poder dos juízes terminava no umbral da *Parliamentary sovereignty*, princípio absoluto e sem excepções⁴⁸⁶.

A Câmara dos Lordes, aplicando a secção 2ª do Acto sobre as Comunidades Europeias, julgou que todas as leis posteriores deviam ser interpretadas como comportando uma secção, prevendo que as suas disposições se apliquem, sem prejuízo dos direitos directamente aplicáveis dos cidadãos dos Estados-membros da Comunidade. Acrescente-se que no caso *Factortame*, a Câmara dos Lordes, na sequência da resposta do Tribunal de Justiça, deu efectivamente razão ao pedido de injunção, ordenando ao Secretário de Estado respectivo que suspendesse a aplicação da lei, na expectativa da decisão final do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade da lei com o Direito Comunitário⁴⁸⁷.

2.9. Irlanda

Na Irlanda, as soluções, fortemente impregnadas de dualismo, foram afastadas pelo Direito Comunitário, por um lado, com base nas revisões constitucionais sucessivas que

⁴⁸⁵ Sobre esta sentença pode ver-se: DUTHEIL DE LA ROCHÉRE, Jacqueline; GRIEF, Nicolas; A. JARVIS, Malcolm - L'Application du Droit Communautaire par les Jurictions Britanniques (1996-1997). In *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Paris: Éditions Dalloz. (1998), p. 94-109, especialmente p. 93-95.

⁴⁸⁶ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - *Manual de Derecho* ..., cit., p. 895-896.

⁴⁸⁷ In *Common Market Law Reports (CML Rep)*, 1991, p. 375.

excluem todo o controle de constitucionalidade sobre o direito da União Europeia e das Comunidades Europeias e, por outro lado, com base no Acto sobre as Comunidades Europeias de 1972, que permite aos juízes pôr em funcionamento a primazia e o efeito directo do Direito Comunitário (sentença *Pigs and Bacon Comission/Mc Carren and Company, European*, de 30 de Junho de 1978⁴⁸⁸, e sentença do Tribunal Supremo, *Campus Oil and others/The Minister for Industry and Energy and others*)⁴⁸⁹. O Tribunal Supremo pode pôr em causa o Direito Comunitário no caso de contradição deste com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição (Tribunal Supremo, sentença *S.P.U.C./Grogan*)^{490 491}.

Após a decisão do Tribunal Supremo, de 9 de Abril de 1987, exigindo a prévia reforma constitucional, para ratificar o Acto Único Europeu, procedeu-se em 25 de Maio a um referendo que resultou positivo e que deu lugar à inclusão no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição, de um parágrafo 3.º com o seguinte teor: “O Estado pode ratificar o Acto Único europeu (firmado pelos Estados-membros das Comunidades no Luxemburgo, em 17 de Fevereiro de 1986 e em Haia, em 28 de Fevereiro de 1986)”. Após o referendo de 18/6/92, a Lei de 16/7/92, que constituiu o 11.º Aditamento, modificou de novo a Constituição da Irlanda (incluiu no artigo 29.º, n.º 4, um parágrafo 4.º), particularmente para autorizar constitucionalmente a ratificação do Tratado de Maastricht e reafirmar a primazia dos actos realizados ou das medidas adoptadas pela União Europeia⁴⁹².

2.10. Grécia

Na Grécia, o reconhecimento, pelo n.º 1 do artigo 28.º da Constituição, do valor superior dos tratados internacionais sobre todas as disposições da lei contrárias, incitou os juízes gregos a fazerem prevalecer o Direito Comunitário sobre o Direito nacional, as disposições do n.º 2 do mesmo artigo autorizam a atribuição de competências, previstas pela Constituição, aos órgãos das organizações internacionais, o n.º 3 legitima as restrições ao exercício da soberania nacional desde que “sejam impostas por algum interesse nacional

⁴⁸⁸ In *Law Review* 1982, p. 334.

⁴⁸⁹ In *Common Market Law Reports (CML Rep)*, 1984, p. 479.

⁴⁹⁰ In *International Reports*, 1989, p. 553.

⁴⁹¹ Ver: RIDEAU, Joel - L' Europe dans les Constitutions des États Membres de L' Union Européenne. In MIRANDA, Jorge (org.) - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 717-798, especialmente p. 790-795.

⁴⁹² Ver: MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - *Derecho Internacional* ..., cit., p. 543 e 545.

importante, não lesionem os direitos do homem, os fundamentos do regime democrático e se efectuem de acordo com o princípio da legalidade e em condições de reciprocidade.” .

2.11. Espanha

Em Espanha, o ordenamento jurídico não oferece praticamente nenhuma resistência à aplicação do Direito Comunitário pelos tribunais, de acordo com a forma que a especificidade daquele requer, isto é, outorgando-lhe primazia a respeito de qualquer norma interna e respeitando o efeito directo das disposições que dele desfrutem, pela sua própria natureza. A Constituição de 1978, devido principalmente à sua recente redacção, inclui alguns artigos que contemplam os princípios que presidirão à execução do Direito Comunitário. Trata-se, concretamente dos artigos agrupados no Capítulo III, Título III e, sobretudo do seu artigo 93.º. A redacção do artigo 93.º começa por estabelecer que só mediante lei orgânica se poderá autorizar a celebração de tratados pelos quais se atribua a uma organização ou instituição internacional o exercício de competências derivadas da Constituição. O maior interesse do seu parágrafo primeiro radica na admissão de que o Estado possa ser parte em tratados que impliquem uma transferência de “competências derivadas da Constituição”. O artigo 93.º cumpre, assim, uma missão semelhante à que corresponde ao artigo 24.º da Lei Fundamental de *Bonn* ou ao artigo 11.º da Constituição italiana. A Constituição possibilita aqui a conclusão de tratados diferentes dos tratados internacionais convencionais aos quais destina o artigo 94.º, o qual apenas exige a prévia autorização parlamentar, para que o Estado se obrigue por meio de tratados ou convenções. Visto que o artigo 93.º permite a cessão de competências como as que representa a adesão às Comunidades Europeias, resulta ocioso indagar mais a fundo no texto da Lei Fundamental para encontrar argumentos constitucionais que apoiem a primazia e o efeito directo do Direito Comunitário. Certamente o artigo 96.º e a tradição jurídica dão o aval a que os tratados internacionais sejam aplicados pelos tribunais com preferência a normas internas contrárias e o mesmo artigo 96.º é taxativo no tocante ao carácter monista do ordenamento espanhol, mas não é no Direito espanhol que se deve procurar os fundamentos de uma correcta aplicação do Direito Comunitário, é antes neste sistema jurídico e na sua especificidade que os ditos fundamentos residem e o artigo 93.º da Constituição espanhola, autorizando a conclusão de tratados como os de Paris e de Roma, permite, também, que Espanha aceite o Direito Comunitário tal como é, sem necessidade de

que o Direito interno proporcione justificações adicionais. Se, como no caso do Direito espanhol, existe no sistema jurídico uma disposição favorável à introdução do Direito Comunitário, tanto melhor, já que se evitam delicados processos de construção jurisprudencial ou de reforma constitucional, mas a sua ausência não impediria as autoridades nacionais de aplicar o Direito Comunitário nas condições que este precisa. O Tribunal Constitucional pode controlar a constitucionalidade dos tratados com anterioridade à sua celebração (artigo 95.º da Constituição) ou posteriormente. O procedimento “preventivo”, regulado também pelo artigo 78.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, não foi empreendido por qualquer um dos sujeitos habilitados para o efeito, como tão pouco se utilizou uma das vias de impugnação *a posteriori*, do recurso de inconstitucionalidade. A resposta do Tribunal Constitucional a uma potencial questão de inconstitucionalidade em relação aos tratados comunitários só poderá basear-se no artigo 93.º da Constituição, isto é, só poderá formular-se em relação ao uso que se tenha feito da habilitação que este artigo contém. Se a cessão de competências constitucionais não atenta contra um núcleo indisponível do texto constitucional, a decisão do tribunal terá de recusar a inconstitucionalidade do Direito originário, a qual só poderia declarar-se se a transferência fosse de tal modo que atacasse a própria essência do sistema constitucional. No exercício destas previsões, a constitucionalidade do Tratado da União Europeia está expressa na Declaração do Tribunal Constitucional, de 1 de Julho de 1992, que teve como consequência a modificação do artigo 13.º, n.º 2, da Constituição espanhola que resultava incompatível com o artigo 8.º -B do T.C.E.E. (actual artigo 19.º do T.C.E.)⁴⁹³. O Tribunal Constitucional não excluiu a possibilidade de impugnar a constitucionalidade do próprio Tratado da União Europeia, considerando que no caso de uma contradição posterior, a primazia da Constituição sobre o tratado era indiscutível. Por isso acrescentou: “Ainda que aquela supremacia esteja assegurada pela possibilidade de impugnar (artigos 27.º, n.º 2, al. c), 31.º e 32.º, n.º 2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional) ou questionar (artigo 35.º da L.O.T.C.) a constitucionalidade dos tratados uma vez que façam parte do ordenamento jurídico (artigo 96.º, n.º 1 da Constituição espanhola) é evidente a perturbação que implicaria para a política exterior e para as relações internacionais do Estado a eventual declaração de inconstitucionalidade de uma norma pactuada”.

⁴⁹³ De acordo com MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho** ..., cit., p. 898-900, pode ver-se também GARCIA TREVIJANO, Ernesto - Sobre a incorporación del Derecho Comunitario en el Derecho interno: una visión práctica. In Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 20, n.º 1: (1993), p. 195-277.

A posição do Tribunal Constitucional como questão de princípio é inequívoca. O Direito Comunitário não tem valor constitucional e não pode prevalecer face à Constituição. Essa é a posição do “intérprete máximo” da Constituição, em Espanha⁴⁹⁴.

O legislador constituinte absteve-se de inserir na Constituição disposições relativas às relações Direito Internacional - Direito interno para afastar qualquer equívoco sobre o fundamento da primazia do Direito Internacional e logo do Direito Comunitário.

O Supremo Tribunal (sentença *Aranzadi*, de 24 de Abril 1990)⁴⁹⁵ atribuiu ao Direito Comunitário “eficácia directa e carácter prevalente em virtude da cessão parcial de soberania que pressupõe a adesão de Espanha à Comunidade, autorizada pela Lei Orgânica 10/1985, de 2 de Agosto em cumprimento do artigo 93.º da nossa Constituição feita à medida para esta circunstância”. Considerou, assim, que as normas nacionais posteriores, contrárias ao Direito Comunitário, deveriam ser consideradas inconstitucionais por incompetência, de acordo com os artigos 93.º e 96.º, n.º 1, da Constituição, mas que não era necessário que o juiz ordinário submetesse a questão da sua inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional (artigo 163.º da Constituição) para declarar inaplicável a norma estatal. Outras sentenças testemunham, igualmente, o reconhecimento da primazia (por exemplo: sentença do Tribunal Supremo de 13 de Junho de 1991). Tanto os tratados constitutivos das Comunidades Europeias como os actos das instituições comunitárias gozam de primazia sobre as normas internas. Ainda que a primazia do Direito Comunitário se funde na sua própria natureza e no compromisso do cumprimento explícito nos tratados, pode-se contudo apoiar a primazia das normas comunitárias nos artigos 93.º e 96.º da Constituição espanhola. Em virtude deste último preceito, os tratados comunitários e os actos das instituições não podem ser modificados, derogados ou suspensos por normas internas, logo prevalecem sobre estas em caso de contradição.

O Direito Comunitário é considerado, também, como uma norma de referência, podendo servir para interpretar as disposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais, com base no artigo 10.º, n.º 2, da Constituição⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**. 5.ª ed.. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1998, p. 842-843. E também LOPEZ-CASTILLO, Antonio - **Constitución e Integración: El Fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en RFA**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 68-87.

⁴⁹⁵ Ver: in *Repertorio de Jurisprudência*, Madrid, 1990, p. 3684.

⁴⁹⁶ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**, cit., p. 841. E DELPÉRÉE, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**, cit., p. 88 e ss..

De acordo com Gutiérrez Espada, o valor supralegal, ainda que infraconstitucional, das resoluções das organizações internacionais intergovernamentais, é mantido pela doutrina, perante o silêncio constitucional. A primazia (e efeito directo) das normas comunitárias sobre as internas é geralmente reconhecida pelos Estados comunitários. Em Espanha, as sentenças do Tribunal Constitucional, de 14 de Fevereiro e de 22 de Março de 1991, reconheceram a aplicação directa e a primazia das normas comunitárias sobre o Direito interno de valor infraconstitucional, assim como a competência dos órgãos judiciais internos com vista a garantir a dita primazia⁴⁹⁷. Segundo aquele Autor, questão distinta é a posição nacional a respeito das relações entre Constituição e normas comunitárias.

Na sentença n.º 64/1991, de 22 de Março, o Tribunal Constitucional vem em definitivo admitir que em matéria de direitos fundamentais a Constituição espanhola prima sobre as normas comunitárias, aproximando-se assim, sem dúvida, das posições que a meados da década dos anos 70 mantiveram os Tribunais Constitucionais de Itália ou da República Federal Alemã⁴⁹⁸.

O Tribunal Constitucional referiu-se em seis ocasiões ao tema da primazia, sem que até este momento tenha mudado basicamente a sua doutrina. Em duas das suas intervenções, na sentença de 14 de Fevereiro de 1991 e na Declaração de 1 de Julho de 1992, o Alto Tribunal caracteriza o artigo 93.º como um preceito de “índole orgânico-procedimental”, no sentido de que o disposto no mesmo se limita a estabelecer o procedimento a seguir para que a adesão de Espanha às organizações internacionais, seja um facto desde o ponto de vista constitucional e, por outro lado, determinar, desde a óptica das competências, os órgãos adequados para garantir o cumprimento do Direito Comunitário. Semelhante reducionismo do âmbito funcional do preceito em questão não foi recebido pacificamente pela doutrina. Isto implica ignorar que, através do dito preceito, não só se delega o exercício de competências soberanas correspondentes às três instituições básicas do Estado, mas também que o mesmo constitui a base que permite a efectiva vinculação permanente de Espanha às Comunidades Europeias, vinculação que vem comportando todo um processo evolutivo, ao qual não poderia fazer-se frente, se o artigo 93.º contivesse um simples mecanismo de “índole orgânico-procedimental”.

⁴⁹⁷ Respectivamente STC n.º 28/1991 - in Boletín Oficial del Estado (B.O.E.), de 15 de Março 1991 e STC n.º 64/1991 de 22 de Março - in B.O.E., de 24 de Abril de 1991.

⁴⁹⁸ TC alemão: Ordem 12 de Maio de 1989 - in Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques (RDI), LXXIII, n.º 2, 424-27: (1990) e TC italiano: sentença de 22 de Maio 1989 - in Il Foro Italiano, I: (1990), p. 1855 ss..

Quando se trata de determinar a adequação de um regulamento ao T.C.E., tem de se colocar a questão perante o Tribunal das Comunidades, uma vez que o controle de regularidade do desenvolvimento do Direito Comunitário primário, através de actos de diversa natureza, está subtraído à competência do Tribunal Constitucional⁴⁹⁹.

Diz Llopis Carrasco, que na realidade, a grande inovação do Direito comunitário a respeito das regras de incorporação do Direito Internacional no Direito interno é que exclui todo o vestígio de dualismo. O Direito Comunitário, com efeito, não só proclama a sua primazia sobre o Direito interno como ainda, ao contrário do Direito Internacional, determina as consequências dessa primazia. Como é sabido, o Direito Internacional deixa liberdade aos ordenamentos internos na hora de estabelecer o marco das relações que manterão ambos e as consequências no caso de conflito. A determinação dessa articulação realiza-se normalmente na Constituição nacional⁵⁰⁰.

A respeito do Direito infraconstitucional, pelo contrário, não há nenhum problema em aceitar a primazia do Direito Comunitário, de todo o Direito Comunitário sobre todo o Direito interno. As autoridades administrativas e os órgãos jurisdicionais nacionais têm de deixar de aplicar as normas internas que estejam em contradição com as normas comunitárias. No caso de dúvida o órgão jurisdicional pode colocar a “questão prejudicial” perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (artigo 234.º do T.C.E., antigo artigo 177.º do T.C.E.E.). A posição do juiz constitucional sobre a sua incompetência para estatuir sobre as relações entre o Direito Comunitário e o Direito nacional não constitucional, qualificado de normas infraconstitucionais, foi confirmada pela sentença n.º 64/1991, *Apesco*, de 22 de Março de 1991⁵⁰¹. Nesta sentença, de 22 de Março, o Tribunal Constitucional afirmou que “a tarefa de garantir a recta aplicação do Direito Comunitário europeu pelos poderes públicos nacionais é, pois, uma questão de carácter infraconstitucional e portanto excluída tanto do âmbito do processo de amparo como dos demais processos constitucionais”.

Já na sentença n.º 28/1991, *Elecciones al Parlamento Europeo*, de 14 de Fevereiro de 1991, o Tribunal Constitucional também se tinha referido à eventual contradição entre norma

⁴⁹⁹ PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 163-164; PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 144 e ss..

⁵⁰⁰ LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional Básica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 87-89.

⁵⁰¹ Ver: in Boletín Oficial del Estado (B.O.E.), de 24 de Abril de 1991.

comunitária e lei interna posterior, confirmando a faculdade dos juízes ou tribunais espanhóis para não aplicar, naqueles casos, as disposições legais contrárias ao Direito Comunitário.

De acordo com Diez de Velasco, a sentença n.º 28/1991 faz uma afirmação gratuita e errónea sobre o valor ou carácter infraconstitucional das normas comunitárias, no direito espanhol. Esse erro foi emendado, pouco a pouco, e está em boa parte rectificado na sentença n.º 180/1993, *Fogasa*, de 31/05/1993⁵⁰², ainda que reincidido numa sentença posterior a n.º 45/1996, de 25/03/1996. Segundo aquele Autor, cabe acrescentar que a atribuição de competências não é ilimitada e incontrolada. Com efeito, as normas comunitárias não poderão afectar os princípios básicos do sistema constitucional de cada Estado-membro (como o de Estado de direito, a unidade nacional, etc.) nem os direitos fundamentais e liberdades. Para ele, a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito interno é absoluta como o reconheceu, reiteradamente, o Tribunal de Justiça das Comunidades, primazia de todas as suas normas a respeito de qualquer norma interna, inclusive constitucional⁵⁰³. No entanto, de um modo geral a doutrina defende que o Direito Comunitário e o Direito Constitucional não entram nunca em competição. Cada um está num plano distinto e por isso não podem produzir-se entre ambos contradições. E no caso de se verificar algum problema, só poderá resolver-se mediante a correspondente reforma da Constituição, isto é, mediante o procedimento regulado no Título X da Constituição e nunca mediante a aceitação de uma reforma tácita. Já o Direito Comunitário e o infraconstitucional estão permanentemente em competição. E hoje em dia ninguém discute que as relações entre o Direito Comunitário e o Direito interno infraconstitucional são presididas por dois princípios que se vêm afirmando de forma inequívoca, há várias décadas, e definidos como o da “eficácia directa e o da primazia”.

A posição do Tribunal Constitucional a respeito das relações entre o Direito Comunitário e o Direito Constitucional é clara. A Constituição é expressão do poder constituinte, enquanto que as restantes normas, tanto as internas como as comunitárias, são expressão de poderes constituídos. Por isso estão em planos distintos. Só quando existir uma Constituição Europeia, o que significa que, só quando a União Europeia esteja juridicamente constituída com base no princípio da legitimação democrática se terá e poderá colocar a questão das relações entre o Direito Comunitário e o Direito Constitucional noutros termos. Enquanto isto não ocorrer, o ordenamento jurídico espanhol continuará a encontrar o seu

⁵⁰² Ver: *in* B.O.E., de 27 de Abril de 1996.

⁵⁰³ Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - *Instituciones de Derecho* ..., cit., p. 208-209.

fundamento na Constituição espanhola e estará submetido, sem excepção, ao princípio da soberania da Constituição⁵⁰⁴.

2.12. Portugal

Em Portugal, a Constituição é silenciosa sobre as relações entre os tratados internacionais e o Direito interno. A primazia dos tratados e do Direito Comunitário sobre as leis parece ser admitida pela maior parte da doutrina⁵⁰⁵. O artigo 8.º, n.º 3.º, da Constituição admite a entrada na ordem interna das normas emanadas de organizações internacionais de que Portugal seja membro. A prática actual das jurisdições vai também no sentido de uma primazia do Direito Comunitário sobre as leis (acórdão, de 30 de Julho de 1986, do Tribunal da Relação de Coimbra)⁵⁰⁶. A questão do primado foi objecto de atenção do Tribunal Constitucional português no primeiro acórdão em que este se pronunciou sobre as relações entre as duas ordens jurídicas (acórdão da II secção, n.º 163/90, de 23 de Maio de 1990, processo n.º 154/89 - campo da fonte do Piolho). Neste acórdão, o Tribunal Constitucional fez uma ampla análise do mecanismo do reenvio prejudicial (artigo 234.º do T.C.E., anterior artigo 177.º do T.C.E.E.) enquanto instrumento ao serviço da primazia do Direito Comunitário e capaz de assegurar a sua aplicação uniforme, bem como da natureza e dos limites da obrigação de reenvio, deixando expressa uma orientação no sentido de se considerar vinculado ele próprio por essa obrigação⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho** ..., cit., p. 842-845. E ainda RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998, p. 307; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional** ..., cit., p. 543 e 544.

⁵⁰⁵ Diversamente, tal como já explanamos na Parte II, Capítulo III, ponto 1., deste trabalho, J. da Silva Cunha e Maria da Assunção do Vale Pereira, para quem os princípios de soberania e da independência, que o texto constitucional expressamente consagra, seriam ofendidos pela atribuição às normas internacionais, indicadas no artigo 8.º, de valor superior ao das normas originariamente portuguesas. Ver: **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, página 117; por sua vez André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros admitem que não só o Direito Internacional convencional geral ou comum, face ao artigo 8º, n.º 1, como o Direito Internacional dos direitos do homem, à luz do artigo 16º, e o Direito Comunitário originário primam sobre a Constituição, embora não o demais direito convencional. Ver: **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 121 e ss.. Assim como Eduardo Correia Baptista que se refere à Carta das Nações Unidas, à Convenção de Genebra de 1949 e protocolo de 1977, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e aos tratados institutivos das Comunidades e da União Europeia. Ver: **Direito Internacional Público: Conceito e Fontes**. Lisboa: Lex, 1998, p. 438-439 e 445.

⁵⁰⁶ Ver: in **Boletim do Ministério da Justiça**, n.º 360, p. 607.

⁵⁰⁷ Ver: VILAÇA, José Luís da Cruz - A Integração de Portugal na União Europeia. In **Forum Iustitiae - Direito & Sociedade**. Lisboa: Editorial Forum Iustitiae, Lda. Ano 1, n.º 0: (Maio de 1999), p. 9-11, especialmente p. 10.

O reconhecimento do efeito directo não parece ter suscitado dificuldades de maior a não ser no que diz respeito às directivas (acórdão supracitado da Relação de Coimbra e ainda o Acórdão n.º 184/89, de 1 de Fevereiro de 1989, do Tribunal Constitucional, que parece excluir esta possibilidade)⁵⁰⁸.

Na medida em que existe em Portugal um controle da constitucionalidade desenvolvido e onde o Direito Constitucional é considerado como superior quer aos tratados em geral quer ao Direito Comunitário em particular (pela maioria da doutrina), a impugnação pelo Tribunal Constitucional da aplicação de textos comunitários não pode ser excluída⁵⁰⁹.

2.13. Suécia

Na Suécia, as soluções dualistas deverão ser repensadas para satisfazer as obrigações do Direito Comunitário. Caberá às jurisdições nacionais levar a cabo essa tarefa, tendo em conta os imperativos europeus. Será prematuro fazer um julgamento sobre a situação sueca em virtude do carácter recente da adesão deste Estado⁵¹⁰.

2.14. Áustria

Na Áustria, o sistema parece admitir a integração das normas comunitárias na ordem jurídica interna, mas é preciso que o Direito Comunitário garanta “um nível de protecção dos direitos fundamentais similar ao austríaco”⁵¹¹. Permanecem incertezas sobre a primazia, na falta de disposições particulares da Constituição. A intervenção de um controle de constitucionalidade sobre as normas comunitárias não está inteiramente excluída. Aplicar-se-á, com certeza, às modificações importantes dos tratados que ultrapassem os limites autorizados pela adesão.

⁵⁰⁸ Ver o n.º 9 do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁰⁹ Ver: RIDEAU, Joel - L'Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 783-790.

⁵¹⁰ Ver: RIDEAU, Joel - L'Europe dans les Constitutions ..., cit., p. 790-798.

⁵¹¹ URLESBERGER, F. - El Derecho Comunitario en la Jurisprudencia austriaca. In Revista de Derecho Comunitario Europeo, (1999), p. 27 e DELPÉRIÉE, Francis - **Le Fédéralisme** ..., cit., p. 89 e ss..

2.15. Finlândia

Na Finlândia, o dualismo é tradicionalmente amenizado e toma, segundo a doutrina, a forma daquilo que é muitas vezes chamado de “monismo de facto”, permitindo a aplicação dos tratados na ordem interna. O acto de incorporação prevê que o tratado de adesão e os outros tratados entram em vigor quando forem aceites (a incorporação dos tratados por um *estatuto in blanco* é uma tradição finlandesa que diferencia este país dos outros países nórdicos), o que implica uma aceitação do efeito directo, da primazia e da jurisprudência comunitária (o acto de incorporação do E.E.E.⁵¹² prevê expressamente o efeito directo e a primazia). O futuro dirá o alcance que a jurisprudência dará a estas soluções implícitas, sobretudo no que respeita à interpretação das leis e aos conflitos com leis posteriores.

3. Afirmação da primazia pelo T.J.C.E.

O Tribunal de Justiça das Comunidades tem vindo, ao longo dos anos, a elaborar toda uma construção completa e ousada de primado do seu Direito sobre o Direito interno, incluindo o Direito Constitucional⁵¹³.

Os tratados europeus não explicitaram um princípio de tão decisiva importância como é o do primado do Direito Comunitário. Coube assim ao T.J.C.E. o mérito de o ter elaborado e proclamado. O Tribunal não teve ocasião de se pronunciar sobre a questão antes de 1960. Mas após a primeira tomada de posição não cessou de reafirmar e precisar o princípio, tanto em relação às normas do direito interno, em geral, como às disposições de nível constitucional, em particular.

O Direito Comunitário, criado por força dos poderes previstos nos tratados, tem o primado sobre qualquer norma jurídica de Direito nacional a ele contrária. Prevalece não só sobre o Direito nacional anterior mas também sobre o direito posterior à regra comunitária em

⁵¹² Sobre o E.E.E. ver Parte II, Capítulo I, ponto n.º 13, pé-de-página n.º 318, deste trabalho.

⁵¹³ Ver: MIRANDA, Jorge - As Relações entre a Ordem Internacional ..., cit., p. 287. E ainda MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 160.

causa. Em resumo, o Tribunal de Justiça afirmou inequivocamente o primado do Direito Comunitário sobre o Direito nacional na sentença *Costa/ENEL*, de 15 de Julho, de 1964. Na base desta sentença encontrava-se um bem conhecido caso, e já referido, forjado em Milão, em que se pretendia atacar a lei italiana da nacionalização da energia eléctrica que era considerada como incompatível com certas disposições do T.C.E.E., tendo o juiz milanês submetido ao Tribunal das Comunidades, ao abrigo do então artigo 234.º T.C.E.E. (actual artigo 307.º do T.C.E.), a questão da interpretação das disposições comunitárias em causa. O Governo italiano contestou a admissibilidade do recurso ao Tribunal comunitário, sustentando, de um ponto de vista “dualista”, que a função do juiz italiano era a de aplicar a lei nacional⁵¹⁴.

O Tribunal de Justiça reconheceu o primado do Direito Comunitário sobre o Direito nacional, fazendo-o, no entanto, contra o parecer de alguns Estados-membros.

O Tribunal de Justiça manteve-se fiel àquelas afirmações na sua jurisprudência posterior. Afirmou também o princípio do primado do Direito Comunitário quanto às relações entre este último e o Direito Constitucional nacional.

O primado do Direito Comunitário sobre o Direito Constitucional nacional, mormente sobre as garantias em matéria de direitos fundamentais, foi numa primeira fase contestado pelos Tribunais Constitucionais da República Federal da Alemanha e da Itália, que só renunciaram a esta contestação quando verificaram que a protecção em matéria de direitos fundamentais tinha atingido, a nível comunitário, um grau comparável, quanto ao essencial, ao das constituições nacionais. Desde então pode afirmar-se que é reconhecido por todos o primado do Direito Comunitário, mesmo em relação ao Direito Constitucional nacional⁵¹⁵.

A primazia do Direito Comunitário não se sustenta na Constituição dos Estados-membros, mas sim na natureza e caracteres específicos das Comunidades Europeias.

A primazia dos tratados internacionais foi sempre a posição defendida pela mais alta jurisdição internacional, tanto na época das Sociedade das Nações como na era das Nações Unidas. A primazia dos tratados internacionais nunca foi justificada pela jurisdição

⁵¹⁴ CAMPOS, João Mota de - **Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional - A Ordem jurídica - O ordenamento Económico da União Europeia**. 1.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 2000, p. 370-374. Também CUNHA, Paulo de Pitta e RUIZ, Nuno - O Ordenamento Comunitário e o Direito Interno Português. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 55: (Julho de 1995), p. 341-352, especialmente p. 341-342.

⁵¹⁵ In BORCHARDT, Klaus-Dieter - **Do “ABC do Direito Comunitário”**. Documentação Europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. (1994), p. 62.

internacional nas Constituições estatais. Os próprios Estados corroboraram este princípio geral de direito relativo à não invocabilidade do Direito interno face ao tratado internacional, intimamente ligado ao princípio *pacta sunt servanda* codificado nos artigos 26.º e 27.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

O fundamento da primazia do Direito Comunitário tão pouco pode residir nos preceitos constitucionais de cada Estado-membro, seria um fundamento variado e variável com eventuais consequências distintas no património jurídico dos particulares e nas obrigações assumidas por cada Estado-membro. A primazia do Direito Comunitário funda-se na natureza e nos próprios caracteres do processo integrador mediante uma interpretação sistemática e teleológica ou finalista dos tratados comunitários.

As relações entre o Direito Comunitário e o Direito interno devem ser situadas nessa linha que parte da autonomia do próprio ordenamento jurídico comunitário, da atribuição de competências em favor das instituições e da colaboração ou complementaridade funcional das duas ordens jurídicas que se integram, para fazer parte do Direito que se aplica em cada Estado-membro⁵¹⁶.

Quanto ao primado do Direito Comunitário, toda a construção do princípio, designadamente o seu conteúdo e o seu alcance, foi obra da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. As linhas mestras dessa construção ficaram definidas logo em 1964, na já referida sentença proferida por aquele Tribunal no caso *Costa/ENEL*. Aí, o Tribunal partiu da ideia de que “Diferentemente, dos vulgares tratados internacionais, o Tratado C.E.E. instituiu uma ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados-membros quando da entrada em vigor do tratado e que se impõe aos respectivos órgãos jurisdicionais”⁵¹⁷. O T.J.C.E. fundamenta a primazia sobre quatro importantes bases: primeiro, o Tribunal tem em conta que as Comunidades estão dotadas de poderes efectivos, tanto no plano interno como externo, “que emanam de uma limitação de competências ou transferência de atribuições dos Estados à Comunidade”. Essa atribuição abrange uma “limitação definitiva”, em determinados âmbitos, dos seus direitos soberanos em favor do ordenamento jurídico comunitário, pelo que não pode prevalecer uma norma nacional posterior sobre esses direitos definitivamente transferidos. Se não fosse assim “as obrigações

⁵¹⁶ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. 2.ª ed.. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 217.

⁵¹⁷ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito ...**, cit., p. 124 e 127. Também CAMPOS, João Mota de - **Manual de Direito Comunitário...**, cit., p. 374-375.

contraídas no tratado constitutivo da Comunidade não podiam ser incondicionais, mas só eventuais, se pudessem ser postas em causa por actos legislativos futuros dos signatários”. Logo a força obrigatória do Direito Comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de medidas legislativas internas posteriores sem pôr em perigo a realização dos objectivos dos tratados⁵¹⁸. Esta construção, formulada desta forma muito clara, seria depois retomada em sentenças subsequentes, nomeadamente no caso n.º 9/65, *San Michele*, de 22/06/1965, em que o T.J.C.E. recusou tomar em consideração as normas constitucionais italianas sobre ratificação de tratados, declarando que, à luz dos instrumentos de ratificação, todos os Estados-membros “aderiram ao tratado nas mesmas condições, definitivamente e sem outras reservas para além das expressas nos protocolos adicionais”, o que exclui efeitos jurídicos diferentes em cada Estado-membro e a eventualidade de que os seus nacionais possam escapar à aplicação íntegra e uniforme dos tratados. Em outras sentenças, o T.J.C.E. confirmou o carácter proeminente do tratado, recordando os caracteres próprios do ordenamento comunitário, cuja natureza “não pode admitir que os Estados-membros possam adoptar ou manter em vigor medidas susceptíveis de comprometer o efeito útil do tratado” - sentença n.º 14/68, *Walt Wilhelm*, de 13/02/1969. Por isso, o Direito Comunitário “não pode ser contrariado por um texto legislativo de direito interno sem ver comprometido o carácter essencial das regras comunitárias enquanto tais, assim como o princípio fundamental da primazia da ordem jurídica comunitária” - sentença n.º 34/73, *Variola*, de 10/10/1973; segundo, a primazia baseia-se também no “carácter obrigatório” das normas comunitárias de Direito derivado, expressamente previsto no artigo 249.º T.C.E., os Estados conferiram expressamente aos regulamentos, directivas e decisões o carácter de normas obrigatórias (ainda que com alcance diverso). Devido a essa precisa definição, o Tribunal fixou na sentença n.º 43/71, *Politi*, de 14/12/1971, que o regulamento “se opõe à aplicação de toda a medida legislativa, mesmo posterior, incompatível com as suas disposições”. Mas também a directiva é uma norma obrigatória para o Estado, pelo que as suas “disposições podem ser invocadas, na falta de medidas de aplicação adoptadas nos prazos, contra toda a medida nacional não conforme à directiva” - sentenças n.º 8/81, *Becker*, de 19/01/1982, e n.º 38/77, *Enka*, de 23/11/1977. Em definitivo, segundo uma inumerável e constante jurisprudência do T.J.C.E. “um Estado-membro não pode escusar-se em disposições práticas ou situações de

⁵¹⁸ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - **Instituciones y Derecho** ..., cit., p. 218.

ordem interna para justificar o não respeito das obrigações e prazos resultantes das directivas comunitárias”. A decisão também é uma norma obrigatória em todos os seus elementos para o seu destinatário. No que se refere às decisões dirigidas aos Estados-membros, “este carácter obrigatório impõe-se a todos os órgãos do Estado destinatário, incluindo os seus órgãos jurisdicionais” e, em consequência, as jurisdições nacionais devem abster-se de aplicar qualquer disposição interna, especialmente aquelas cuja execução seria susceptível de obstar à execução de uma decisão comunitária - sentença n.º 249/85, *Albako c. BALM*, de 21/05/1987, fundamento 17; terceiro, o compromisso de cooperação leal no cumprimento dos tratados e do Direito derivado, aceite expressamente por todos os Estados-membros, obriga-os a absterem-se de toda a medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos dos tratados. Os Estados comprometeram-se, expressamente, a cumprir as obrigações derivadas dos tratados ou resultantes dos actos das instituições, de modo que a adopção de normas internas posteriores (ou a aplicação de normas internas anteriores), incompatíveis com uma norma comunitária, pressupõe violar esse princípio de lealdade que traduz no âmbito comunitário o mais importante princípio geral do direito - *pacta sunt servanda*; quarto, o Direito Comunitário não podia existir se admitíssemos que cada Estado-membro pudesse, em razão dos seus interesses, derrogá-lo ou modificá-lo unilateralmente. Se assim fosse gerar-se-ia discriminação entre os nacionais dos Estados-membros se as obrigações e direitos dos particulares variassem de um Estado para outro por causa de medidas unilaterais dos Estados; a invocação de normas constitucionais (sentença *San Michele*) ou legislativas (sentença *Costa/ENEL*) permitiria a alguns nacionais dos Estados-membros escapar às regras comuns e “receber assim um tratamento diferente dos outros nacionais da Comunidade”, daí que o princípio de não discriminação não possa quebrar-se sem afectar a existência mesma da Comunidade⁵¹⁹.

A diferença é que a eficácia directa é uma característica relativa, enquanto que a primazia é uma característica absoluta e a condição existencial das próprias Comunidades Europeias. Para o T.J.C.E., a primazia é “a regra fundamental para a existência da Comunidade” - sentença n.º 149/79, *Comisión c. Bélgica*, de 17/12/1980. A eficácia directa contribui para a integração, a primazia condiciona a existência mesma da integração.

⁵¹⁹ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - *Instituciones y Derecho* ..., cit., p. 217-219.

A primeira e mais importante consequência da primazia, que se extrai da sentença *Costa/ENEL* e de outras posteriores, é a exclusão ou inaplicação da norma interna incompatível. É a “sanção” imediata à infracção que constitui ter em vigor uma norma interna contrária ao Direito Comunitário. Este dever de não aplicar a lei interna é independente da matéria regulada pela lei. Tão pouco a lei penal escapa à obrigação de deixá-la inaplicada, o T.J.C.E. declarou que “uma condenação penal pronunciada em virtude de um acto legislativo nacional reconhecido como contrário ao Direito Comunitário seria igualmente incompatível com esse direito” - sentenças n.º 88/77, *Schonenberg*, de 18/02/1978, e n.º 269/80, *Regina c. Tymen*, de 16/12/1981. Isto implica com carácter geral que “tendo o Direito Comunitário primazia sobre o Direito nacional (...), toda a disposição contrária de Direito interno é, por esse facto, inaplicável” - sentença n.º 167/73, *Comisión c. Francia*, de 4/04/1974, fundamento 35⁵²⁰.

Em outras sentenças como a n.º 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17/12/1970, a n.º 93/71, *Leonesio*, de 17/05/1972 e a n.º 48/71, *Comissão c. Itália*, de 13/07/1972, para desembocar na sentença n.º 106/77, proferida em 9 de Março de 1978, no caso *Simmenthal*, sem dúvida o grande marco na construção do primado, pela jurisprudência do Tribunal, que contou sempre com o apoio da doutrina dominante. Nesta sentença, o Tribunal das Comunidades afirmou que sendo as normas de Direito Comunitário directamente aplicáveis, constituem “uma fonte de direitos e obrigações para todos aqueles a quem dizem respeito, quer se trate de Estados-membros quer dos particulares que são sujeitos das relações jurídicas reguladas pelo Direito Comunitário”, o juiz nacional “enquanto órgão de um Estado-membro” que tem “por missão proteger os direitos conferidos aos particulares pelo Direito Comunitário”, está directamente vinculado à observância dos princípios da aplicabilidade directa e da primazia. Incumbe-lhe “a obrigação de aplicar integralmente o Direito Comunitário (...), deixando inaplicada qualquer disposição eventualmente contrária da lei nacional, quer esta seja anterior quer posterior à regra comunitária”⁵²¹. O primado do Direito Comunitário é um atributo próprio do mesmo, o Tribunal de Justiça das Comunidades deixou-

⁵²⁰ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - *Instituciones y Derecho* ..., cit., p. 219.

⁵²¹ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - *Manual de Direito* ..., cit., p. 124 e 127. Também CAMPOS, João Mota de - *Manual de Direito Comunitário*..., cit., p. 374-375, e CAMPOS, João Mota de - *Direito Comunitário - O Ordenamento Jurídico Comunitário*. 5.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 338; CAMPOS, João Mota de - *As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985, p. 327 e ss..

o claro nos casos *Stoek*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold* e *Simmenthal*. No último destes casos, o Tribunal foi mais explícito do que nunca, ao decidir que “todos os juízes nacionais (...) têm a obrigação de aplicar integralmente o Direito Comunitário e de proteger os direitos que ele confere aos particulares, declarando inaplicável qualquer norma nacional eventualmente contrária, seja ela anterior ou posterior à regra comunitária”. O Tribunal só aceita afastar-se desta tese quando a norma comunitária em questão restrinja direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos do respectivo Estado-membro pela sua Constituição. Esta posição do Tribunal, que parece aceitar que o primado do Direito Comunitário ceda o passo a disposições internas de grau constitucional que sejam mais favoráveis aos direitos fundamentais dos cidadãos do que a norma comunitária em questão, aproxima-se da que foi adoptada pelo Tribunal Constitucional alemão na sentença *Solange I*, de 29/5/1974, que, todavia, seria mais tarde corrigida pela sentença *Solange II*, de 22/10/1986, onde o mesmo Tribunal retomou o carácter absoluto, sem reservas, do primado, bem como pelo Tribunal Constitucional italiano, no caso *Granital*, julgado em 8 de Junho de 1984⁵²².

Aliás, o próprio Tribunal de Justiça das Comunidades, no caso *Simmenthal* e no desenvolvimento da sentença *Costa/ENEL*, deixou dito que o juiz nacional está constituído na “obrigação” de assegurar o primado, encontre-se ele, ou não, consagrado pela respectiva Constituição ou pelo respectivo Direito ordinário. Quase dez anos volvidos, no caso *Kolpinghuis Nijmegen*, aquele Tribunal insistiria nesta posição⁵²³.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias deduz do princípio da primazia vários efeitos: primeiro, exclui-se a aplicação da norma interna anterior e prevalecerá a norma comunitária posterior; segundo, se a norma interna incompatível é posterior à norma comunitária, a vigência desta impede a formação válida de novos actos legislativos nacionais, na medida em que sejam incompatíveis com as normas comunitárias. Esta afirmação, na sentença *Simmenthal*, foi muito criticada: provavelmente o T.J.C.E. excedeu-se ao entrar a julgar a competência do poder legislativo interno e ao declarar em abstracto a invalidade das normas nacionais contrárias, não tendo poderes para tal. O T.J.C.E. reconsiderou reconhecendo que “não pode deduzir-se que a incompatibilidade com o Direito Comunitário de uma norma de Direito nacional posterior produza o efeito de determinar a inexistência de esta”, numa sentença posterior, de 22/10/1998, *Ingogf*, C-10/97 e C-22/9; terceiro, quer seja a

⁵²² Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 128-129.

⁵²³ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 136-137.

norma interna anterior ou posterior, o órgão judicial não deve esperar que a norma interna incompatível seja derogada nem deve colocar a questão da inconstitucionalidade; quarto, é que o juiz do litígio concreto pode e deve excluir a norma interna e aplicar a norma comunitária. Assim, a principal consequência prática que se deduz com clareza da sentença é a mesma que na sentença *Costa/ENEL*: deve excluir-se a aplicação da norma interna incompatível. O T.J.C.E. acrescenta mais precisões sobre outras consequências: terá de deixar-se sem aplicação, se for necessário, em virtude da sua própria autoridade, toda a disposição contrária da lei nacional, quer anterior quer posterior à norma comunitária, “sem que para isso tenha que pedir ou esperar a sua prévia eliminação por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional” (fundamentos 21 e 24 da sentença *Simmenthal*). O Tribunal afirma que reconhecer efeitos jurídicos incompatíveis com o Direito Comunitário “equivaleria a negar o carácter efectivo dos compromissos incondicional e irrevogavelmente assumidos pelos Estados-membros em virtude dos tratados e poria em dúvida as bases da Comunidade”. O juiz nacional encontra-se perante uma obrigação de resultado e não de meio (Conclusões do Advogado-geral Roemer na sentença n.º 84/71, *Marimex*, de 7/03/1972). A solução imediata do litígio é a exclusão da norma interna como norma aplicável e a selecção da norma comunitária como norma que em substituição resolve o litígio. Ainda que o Direito interno não confira ao juiz nacional a faculdade de exclusão ou inaplicação da norma interna, o Direito Comunitário confere esse poder de exclusão da lei nacional e de substituição pela norma comunitária, o juiz não aplicará a lei interna “em virtude da sua própria autoridade”, isto é, da autoridade que lhe confere a ordem comunitária para garantir a aplicação íntegra do Direito Comunitário. Introduce-se em todos os Estados-membros a necessidade de um “controle difuso” da compatibilidade da lei nacional com o Direito Comunitário. Finalmente, deve ter-se em conta que a obrigação de excluir a aplicação de uma norma interna incompatível com uma norma comunitária cabe não só aos juízes, mas a todos os poderes públicos, incluídas as administrações autonómicas e as locais como clarifica a sentença n.º 103/88, *Costanzo*, de 22/06/1989, sob pena de comprometer a responsabilidade do Estado ao aplicar uma norma interna incompatível com a Comunitária⁵²⁴.

⁵²⁴ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - *Instituciones y Derecho* ..., cit., p. 219-221.

O Tribunal das Comunidades, numa jurisprudência sobre esta matéria, tem entendido que não basta ao Direito nacional aceitar o primado do Direito Comunitário, é também uma obrigação dos Estados revogarem as normas contrárias ao Direito Comunitário posterior e não produzirem normas incompatíveis com o Direito Comunitário anterior. Essa obrigação consiste apenas numa exigência do princípio da boa-fé⁵²⁵.

O Estado não pode invocar a Constituição para impedir os efeitos da norma comunitária válida. Logo, todo o Estado-membro deve adequar a sua Constituição antes do ingresso na Comunidade a fim de permitir ao Direito Comunitário produzir todos os seus efeitos. Assim, compreende-se que a primazia diga respeito a toda a lei interna, mesmo às normas constitucionais. No caso *Costa/ENEL*, o Tribunal definiu com clareza este aspecto: “(...) considerando que do conjunto destes elementos resulta que o direito, proveniente de uma fonte autónoma e nascido do tratados, não poderia, pois, em virtude da sua natureza específica e original, ver opor-se-lhe, judicialmente, um texto interno, seja ele qual for, sem perder o seu carácter comunitário e sem que a base jurídica da própria Comunidade seja posta em causa, que a transferência operada pelos Estados-membros dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do tratado, da sua ordem jurídica interna a favor da ordem jurídica comunitária acarreta, portanto, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos contra a qual não poderia prevalecer um acto unilateral ulterior incompatível com a noção de Comunidade”.

O princípio é igualmente aplicável às normas nacionais de Direito Constitucional. O Tribunal considerou, designadamente, nesta sentença que o primado é condição essencial para o processo de integração e, posteriormente, “que, conseqüentemente, a invocação de violações quer dos direitos fundamentais, tal como são formulados pela Constituição de um Estado-membro, quer dos princípios de uma estrutura constitucional nacional, não poderia afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito sobre o território desse Estado” (sentença n.º 11/70, “*Internationale Handelsgesellschaft*”, de 17/12/70, considerando n.º 3)⁵²⁶.

O Tribunal afirmaria ainda “que um Estado-membro não poderia invocar disposições ou práticas da sua ordem interna para justificar o não respeito das obrigações e prazos resultantes dos regulamentos comunitários; que, com efeito, em conformidade com as obrigações gerais impostas aos Estados-membros pelo artigo 5.º do tratado, cabe ao Estado

⁵²⁵ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 139.

⁵²⁶ In *Recueil de la Jurisprudence de la Cour* ..., 1970, p. 1135. Pode ver-se também CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário** ..., cit., p. 337; CAMPOS, João Mota de - **As Relações da Ordem Jurídica** ..., cit., p. 327 e ss..

tirar, na sua ordem interna, as consequências da sua participação na Comunidade e, caso necessário, adaptar os seus processos de previsão orçamental de forma a não obstarem à execução, dentro dos prazos, das obrigações que lhe incumbem no âmbito do tratado” (sentença n.º 30/72, *Comissão das Comunidades Europeias c. República Italiana*, de 8/2/73, considerando n.º 11)⁵²⁷.

O T.J.C.E. não fazia referência explícita às normas constitucionais mas expressa-se em termos tão contundentes que não deixa dúvidas sobre a primazia sem qualquer excepção para a Constituição (sentenças: n.º 93/71, *Leonesio*, de 17/05/1972, n.º 48/71, *Comisión c. Italia*, de 13/07/1972 e n.º 118/75, *Watson y Belman*, de 7/07/1976). A primazia é pois absoluta de modo que “os princípios de uma estrutura constitucional nacional (...) não poderiam afectar a validade de um acto da Comunidade, pois introduzir critérios procedentes da legislação ou da ordem constitucional de um Estado-membro atentaria contra a unidade material e a eficácia do Direito Comunitário e teria como efeito quebrar a unidade do mercado comum e pôr em perigo a coesão da Comunidade” (sentenças: n.º 9/65, *San Michele*, de 22/06/1965, n.º 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17/12/1970 e n.º 44/79, *Liselotte Hauer*, de 13/12/1979, fundamento 14)⁵²⁸.

A imposição da nova organização como “comunidade jurídica” e a afirmação do Direito Comunitário como verdadeiro *corpus* ou ordem sobreposta aos Direitos nacionais (diferentes mas baseados nos mesmos princípios e tradições) é obra da jurisprudência do Tribunal das Comunidades que tem repousado, em boa medida, na qualidade dos seus juízes e na capacidade da sua doutrina. O Tribunal controla a compatibilidade do Direito nacional com o Direito da Comunidade. A actividade jurisprudencial desta alta instância reforça a estrutura constitucional da Comunidade e a relação desta com os Estados-membros, assim como a protecção jurídica dos indivíduos como destinatários do direito da Comunidade.

Mas nesta ordem de coisas é especialmente importante a actuação dos tribunais nacionais enquanto aplicadores ordinários do Direito Comunitário cuja prevalência afirmam, ao desaplicarem o Direito nacional que se lhe oponha, e que contribuem para estabelecer a unidade do ordenamento europeu ao colocar a questão prejudicial perante o Tribunal das

⁵²⁷ Ver: PITTA, Luís Caeiro - A Comunidade Económica Europeia (C.E.E.). In Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Procuradoria-Geral da República. N.º 6: (1981), p. 11-68, especialmente p. 29-31.

⁵²⁸ MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - **Instituciones y Derecho** ..., cit., p. 221.

Comunidades, dando-lhe ocasião para que se pronuncie sobre a interpretação ou validade da norma comunitária decisiva para o caso.

Definimos a abertura absoluta de um sistema jurídico como a possibilidade do mesmo se incorporar numa ordem posterior com o seu próprio fundamento de validade e com capacidade para decidir autonomamente sobre os limites da sua competência, pelo que será a própria ordem comunitária quem determina autonomamente a validade do seu próprio direito e o Tribunal de Justiça das Comunidades quem resolve, em exclusivo e de modo soberano, os conflitos sobre a mesma.

É o Tribunal das Comunidades quem estabelece a existência de infracções por parte dos órgãos das Comunidades e fá-lo com capacidade vinculante, de modo que as suas decisões são obrigatórias para os Estados-membros sujeitos à sua jurisdição, porque entre as atribuições de soberania que estes transferiram está a competência jurisdicional do dito órgão na “interpretação e aplicação do tratado”. Aos Estados restaria promover a sua modificação, tentando clarificar o seu significado ou solicitar-lhe, através de novas impugnações, a mudança de jurisprudência.

Deste modo ficam excluídos do controle da regularidade do Direito Comunitário, em princípio, os tribunais constitucionais, uma vez que, como estabeleceu em concreto o Estado espanhol, a cessão de competências à Comunidade Europeia de acordo com a habilitação constitucional correspondente, não converte em infracção da Constituição qualquer incumprimento daquele Direito nem, especificamente, confere a qualidade de susceptíveis de recurso aos direitos fundamentais reconhecidos no tratado, ainda que, em razão da incorporação destes no ordenamento espanhol e o estabelecido em relação à interpretação dos direitos fundamentais, os textos internacionais sirvam para “configurar o sentido e alcance” dos ditos direitos.

As bases constitucionais da integração - consagradas, no caso espanhol no artigo 93.º e no português na habilitação, após 1992, segundo o novo artigo 7.º, n.º 6, - apenas permitem a atribuição a uma organização internacional do exercício de competências derivadas da Constituição, estamos, portanto, perante uma transmissão, mediante tratado, de faculdades determinadas ou fixadas, e de carácter não irreversível uma vez que a mesma está obrigada às prescrições constitucionais.

Trata-se de competências derivadas da Constituição, que, portanto, não podem consistir em qualquer poder de disposição sobre a Constituição, de modo a transferir-se poder

constituente para a União Europeia. O teor dos preceitos constitucionais portugueses ou espanhóis, nos quais não se faz menção à cessão, como no caso alemão de “direitos de soberania”, impede que se coloquem os grandes problemas suscitados em outros países em torno da existência de limites implícitos à actuação dos órgãos que decidem sobre a integração.

De modo que, a via de integração portuguesa ou espanhola não permite o exercício do poder de reforma que reside nos depositários do poder constituinte derivado, previsto nos artigos 167.º e 168.º da Constituição espanhola e artigos 284.º, 285.º e 286.º da Constituição portuguesa.

O Tribunal de Justiça aceita a sua vinculação aos princípios jurídicos que constituem um legado dos diversos Estados-membros e move-se na mesma direcção da declaração conjunta do Parlamento, Conselho e Comissão, de 5 de Abril de 1977, pela qual estes órgãos se comprometiam a observar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Historicamente, os direitos fundamentais constituíram o território mais problemático das relações entre o Direito Comunitário e o Direito interno.

Dado o diferente grau de desenvolvimento do reconhecimento e protecção dos direitos fundamentais nos ordenamentos estatais e no Direito Comunitário, tem havido casos em que algum Tribunal Constitucional chegou a considerar que entrava dentro da sua jurisdição resolver uma questão de inconstitucionalidade, sobretudo depois de ter sido dada a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre a matéria objecto de questão, sempre que estivesse em jogo um direito fundamental. Assim, o Tribunal Constitucional federal alemão, na sua sentença de 29 de Maio de 1975, diria o seguinte: “Enquanto o processo de integração da Comunidade não se encontre tão avançado que o Direito Comunitário contenha um catálogo de direitos fundamentais, aprovado pelo Parlamento e em vigor, e que para além do mais resulta assimilável ao catálogo da Lei Fundamental é lícito e obrigado, após obter a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias exigida pelo artigo 177.º do tratado, colocar a questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional federal por parte de um tribunal da República Federal da Alemanha, quando este considere que a norma de Direito Comunitário de aplicação ao caso resulta inaplicável na interpretação dada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias na medida e por causa de entrar em colisão com um dos direitos fundamentais da Lei Fundamental”.

A evolução do processo de integração europeia levou a que o problema tenha perdido intensidade. O próprio Tribunal Constitucional federal alemão, na sua sentença *Solange II*, de 22 de Outubro de 1986, corrigiria a sua posição de 1975, adoptando “uma decisão em que reconhece ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a condição de “juiz legal” no sentido da Constituição alemã, manifesta-se que as garantias processuais perante este Tribunal satisfazem as exigências de um Estado de Direito e afirma-se que, as Comunidades Europeias, em especial a jurisprudência do Tribunal de Justiça garantem uma protecção eficaz dos direitos fundamentais face ao poder comunitário substancialmente semelhante com a prescrita pela Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional federal abster-se-á de exercer a sua jurisdição para verificar a conformidade do Direito Comunitário derivado, que constitui o fundamento de actos de tribunais ou autoridades alemãs, com os direitos fundamentais reconhecidos pela Lei Fundamental pelo que as questões de inconstitucionalidade levantadas com este fim são inadmissíveis”.

Nesta altura do processo de integração não parece que venham a colocar-se problemas desta índole em nenhum dos Estados-membros. A homogeneidade no reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais no âmbito europeu está suficientemente consolidada para se poder afirmar que uma contradição neste terreno entre o Direito Comunitário e as Constituições nacionais é tão pensável teoricamente como impossível na prática. “A controvérsia”, diz K. Stern⁵²⁹ “é mais de carácter teórico” já que “será extremamente raro o caso de violação dos direitos fundamentais por parte do Direito Comunitário”. E no mesmo sentido Rodríguez Iglesias e Woelker referiram-se ao “carácter meramente hipotético deste conflito radical entre Constituição e Direito Comunitário, já que este assume como elemento próprio os princípios constitucionais comuns aos Estados-membros e, em particular, os relativos à protecção dos direitos fundamentais da pessoa”⁵³⁰.

O T.J.C.E. afirmou “o efeito directo do Direito Comunitário, bem como a primazia do Direito Comunitário e pratica a “auto-limitação” da competência da Comunidade”. O efeito directo significa aplicabilidade imediata das normas comunitárias, assim como a sua aplicabilidade directa; a primazia significa que a norma comunitária prima sobre qualquer norma interna de um Estado-membro que lhe seja contrária, desde que posterior; o princípio

⁵²⁹ *In Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*. Madrid, 1987, p. 681.

⁵³⁰ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - *Curso de Derecho* ..., cit., p. 832-834.

da auto-limitação significa que, no caso de contestação sobre o âmbito de competência, é sempre à Comunidade, exprimindo-se através do Tribunal, que cabe determinar.

O Direito Comunitário para ser e permanecer comum não pode nem deve ser alterado pela intervenção dos Estados-membros, quer seja um Estado-membro unilateralmente, em nome da sua soberania ou da sua Constituição, que nega a competência comunitária, quer seja por via legislativa ou regulamentar que ele derroga normas comunitárias, quer seja por via de uma interpretação das suas autoridades ou das suas jurisdições, que façam uma aplicação das normas comunitárias. É preciso que um órgão comunitário, o T.J.C.E., vele pela salvaguarda do domínio de competência comunitária, assim como pela uniformidade de interpretação do Direito Comunitário e imponha aos Estados-membros o respeito da primazia do tratado e das actos das instituições⁵³¹.

4. Primazia de acordo com a Constituição da República Portuguesa

Entendem André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros que para o Direito Comunitário vigorar na ordem interna de um Estado-membro e primar sobre todo o Direito estadual não é necessário que a Constituição o diga, quando um Estado adere às Comunidades aceita implicitamente a sua ordem jurídica com todas as suas características essenciais, com todos os seus atributos próprios e o primado é o primeiro deles. Esta visão “comunitarista” ou “comunitária” do primado cabe perfeitamente dentro dos parâmetros do monismo com primado do Direito Internacional, mesmo sem a necessidade de alcançar o monismo radical, de Kelsen, dado que aquela concepção do primado, como ficou claro no caso *Simmenthal*, não defende a sanção, de tipo federal, da nulidade para a norma estadual que contrarie a norma comunitária, mas apenas a da sua ineficácia ou inaplicabilidade. Se, porém, os Estados não adoptarem essa orientação “comunitária” do primado e insistirem numa visão “constitucional”, ou seja, numa perspectiva do primado partindo do Direito Constitucional

⁵³¹ SCHAEFFER, Eugène - Monisme Avec Primauté De L'Ordre Juridique Communautaire Sur Le Droit International. In Annuaire de Droit Maritime et Aéro-Spatial - Etudes en Hommage au Professor Mincea Mateesco Matte. Nantes: Centre de Droit Maritime et Aérien - Université de Nantes. Tome XII: (1993), p. 565-589, especialmente p. 565-567.

dos Estados-membros (o que, no estado actual da integração, tem sido a posição de quase todos esses Estados), entendem então aqueles Autores, que a melhor forma de uma Constituição estadual legitimar a limitação da soberania, resultante para o respectivo Estado da sua adesão às Comunidades Europeias, e, portanto, de todos os seus corolários, entre os quais o primado do Direito Comunitário, consiste em ela incluir uma cláusula geral de limitação da soberania estadual, ou, diferentemente, uma autorização geral ao Estado para a delegação de poderes soberanos mediante acto do Parlamento. Escolheram um ou outro destes dois sistemas: a Bélgica, a Grécia, a Itália, o Luxemburgo, os Países Baixos e a Alemanha, embora o exemplo mais elaborado do primeiro sistema seja a Grécia - artigo 28.º, n.º 3, e do segundo a Alemanha - artigo 24.º, n.º 1. Se porém, em vez disso a Constituição optar por especificamente prever a hierarquia do Direito Comunitário na ordem jurídica interna, nessa hipótese consideram modelar o sistema adoptado pelo artigo 29.º da Constituição irlandesa. É verdade que não é evidente que, pelo menos na sua redacção formal, o artigo abranja os tratados comunitários. Todavia, a doutrina tem entendido que, dada a sua fórmula ampla e considerando que, como dissemos, o primado do Direito Comunitário é incindível do primado do Direito originário, ele engloba também o primado dos tratados comunitários ⁵³².

O legislador constituinte português, quando na revisão de 1982, introduziu o n.º 3 no artigo 8.º, afastou-se de qualquer um desses caminhos, aliás sem nenhuma vantagem para aquele preceito, cuja interpretação, de facto, suscita imensas dificuldades. Partindo do princípio de que é de facto o primado que se encontra contemplado no artigo 8.º, n.º 3, ele não engloba o Direito Comunitário originário, que está previsto no artigo 8.º, n.º 2. Resulta daí que, no sistema da Constituição, os tratados comunitários não primam pelo menos sobre o Direito interno de grau constitucional. Este entendimento é reforçado pelo facto dos artigos 204.º, 277.º, 278.º, n.º 1, e 279.º submeterem todos os tratados internacionais, sem excepção, à fiscalização da constitucionalidade.

Ora, de acordo com aqueles Professores, este sistema é passível de duas críticas: a primeira, é a de que o primado infraconstitucional, ainda que supralegal, dos tratados comunitários equivale à negação do primado. De facto, só se o primado for

⁵³² Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 130 a 132. Em sentido semelhante CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário** ..., cit., p. 326 e ss.; CAMPOS, João Mota de - **As Relações da Ordem** ..., cit., p. 380 e ss.; colocando algumas dúvidas sobre esta perspectiva MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo do Direito Comunitário: Sumários Desenvolvidos**. Lisboa: Lex, 1995, p. 149-150.

supraconstitucional, isto é, só se todo o Direito Comunitário prevalecer sobre todo o Direito interno é que se respeita a natureza própria do Direito Comunitário; a segunda crítica consiste em que não há qualquer razão de cariz jurídico que justifique a atribuição de regime diferente de primado ao Direito Comunitário originário e ao Direito Comunitário derivado, concretamente, a atribuição de primado infraconstitucional aos tratados comunitários e de primado supraconstitucional do Direito derivado. A proceder-se assim está a quebrar-se a necessária unidade do sistema jurídico comunitário e, porque o primado supraconstitucional do Direito Comunitário derivado tem como pressuposto o primado de igual grau do Direito Comunitário originário, acaba-se, também por esta via, por se negar o primado.

Acresce, ainda, que o artigo 8.º, n.º 3, nem sequer atribui primado a todo o Direito derivado. De facto, ele só se refere às “normas” emanadas dos órgãos comunitários dotadas de aplicabilidade directa. Ora, mesmo que nos concentremos apenas no Tratado das Comunidades Europeias vemos que, das manifestações de Direito derivado constantes do artigo 249.º do T.C.E., e excluindo a recomendação e o parecer, que não são obrigatórios, só o regulamento, de acordo com aquele artigo, reúne simultaneamente os dois requisitos do artigo 8.º, n.º 3, isto é, constitui uma norma e goza de aplicabilidade directa na ordem interna estadual. A directiva não é directamente aplicável, e a decisão, mesmo quando beneficia de aplicabilidade directa (o que só acontece quando ela tem como destinatários sujeitos internos dos Estados), é sempre um acto individual e concreto e nunca uma norma.

Portanto, o artigo 8.º, n.º 3, é duplamente imperfeito: por um lado, enquanto prevê directamente a aplicabilidade directa, nega-a indevidamente às decisões que se dirijam aos sujeitos internos dos Estados-membros; por outro lado, na medida em que está a pensar no primado, recusa-o indevidamente às directivas⁵³³ e às decisões, que, como actos de Direito derivado, não há dúvida que prevalecem sobre todo o Direito interno dos Estados-membros, por força da teoria geral do primado do Direito Comunitário, e da mesma forma como os regulamentos. Ou seja, de acordo com aqueles Autores, ao fim e ao cabo, o artigo 8.º, n.º 3, em rigor só atribui primado na ordem interna portuguesa ao regulamento, e não a todo o

⁵³³ No entanto, como já vimos neste trabalho, na Parte II, Capítulo II, ponto 4., o Professor Silva Cunha considera que quanto às directivas, o artigo 112.º, n.º 9 da Constituição, veio consagrar a técnica da transformação, e como tal uma vez transpostas passam a Direito interno. Ver CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 116.

Direito Comunitário, mesmo derivado, o que ainda mais amputa e subverte o princípio do primado da ordem jurídica comunitária sobre o Direito português⁵³⁴.

A terceira grande dificuldade que o artigo 8.º, n.º 3, cria é a de que, independentemente das duas críticas formuladas, o lugar do Direito Comunitário na hierarquia das fontes do Direito português só se encontra consagrado naquele preceito de modo indirecto, em termos pouco claros e, sobretudo, em condições que não são de fácil interpretação no contexto geral do texto constitucional. De facto, o artigo 8.º, n.º 3, disciplina directamente a aplicabilidade directa e não o primado, por outras palavras, o primado consiste no pressuposto lógico da aplicabilidade directa. Continuando a supor que indirectamente aquela disposição constitucional quis consagrar o primado, não é sem dificuldade que podemos concluir que ela acolhe o primado do Direito Comunitário derivado, dado que, conforme entende unanimemente a doutrina, a construção do primado é de raiz pretoriana e só implicitamente decorre de disposições do Tratado de Roma. Quando, antes da revisão constitucional de 1989, a redacção do artigo 8.º, n.º 3, impunha que a aplicabilidade directa das normas de Direito derivado se encontrasse “expressamente” estabelecida nos tratados comunitários era evidente que, quanto ao primado aquele preceito, adoptava uma posição de total recusa, dado que o primado não se encontra acolhido de modo expresso em qualquer preceito dos tratados, mas com a eliminação desse advérbio, passou-se de uma solução de recusa para outra de duvidosa admissão do primado, que em nada ajuda o intérprete.

Tudo se complica ainda mais com a interpretação do artigo 8.º, n.º 3, no contexto global da Constituição. É intenção do artigo 8.º, n.º 3, conferir primado ao Direito Comunitário derivado sobre o Direito português. E o grau que desse preceito se extrai para o Direito Comunitário na hierarquia das fontes do Direito português é um grau supraconstitucional, se ele vigora “directamente na ordem interna” isto quer dizer que ele prima sobre a própria Constituição. Mas como se deve compatibilizar os artigos 204.º e 277.º, n.º 1, com o artigo 8.º, n.º 3? Entendem os mesmos Autores que o disposto neste preceito deve prevalecer sobre os artigos 204.º e 277.º, n.º 1, já que o artigo 8.º, n.º 3, está colocado na parte da Constituição dedicada aos “Princípios Fundamentais” que, como tais, prevalecem sobre todas as demais divisões da Constituição. Portanto, o reconhecimento, expresso, do primado do Direito Comunitário, efectuado pelo artigo 8.º, n.º 3, não fica prejudicado pela sujeição das normas do Direito Comunitário derivado à fiscalização da sua constitucionalidade, nos termos

⁵³⁴ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 132 a 134.

dos artigos 204.º e 277.º, n.º1. Mas dizer-se que o primado do Direito derivado fica, em abstracto, assegurado pelo artigo 8.º, n.º 3, da Constituição não significa que aquele preceito constitua a via ideal para se garantir, em concreto, o primado do Direito Comunitário sobre a ordem jurídica portuguesa. Portugal quando aderiu, de livre vontade, às Comunidades, aderiu, também, ao Direito Comunitário com todas as características específicas que ele apresentava à data da adesão, e que Portugal conhecia ou tinha a obrigação de conhecer; por outro lado, a regra do adquirido comunitário, outro corolário do princípio da lealdade comunitária, engloba também o direito criado por via da jurisprudência comunitária, que foi quem construiu a teoria do primado supraconstitucional⁵³⁵.

Assim, de acordo com aqueles Autores, o legislador constituinte deverá dar os seguintes passos: primeiro, eliminar o artigo 8.º, n.º 3; segundo, excepcionar do sistema de fiscalização da constitucionalidade tanto os tratados comunitários como o Direito Comunitário derivado, salvo na hipótese de, da aplicação da norma comunitária resultar qualquer limitação para os princípios essenciais da nossa ordem constitucional, devendo entender-se como tais os princípios gerais de Direito, o rol de direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos portugueses, bem como as demais manifestações dos princípios da Democracia e do Estado de direito⁵³⁶; terceiro, consagrar ou uma cláusula geral de limitação da soberania estadual ou uma autorização geral ao Estado português para delegação, por lei do Parlamento, de poderes soberanos em organizações internacionais. Se optar pela primeira solução terá que eliminar a referência à soberania “indivisível” no artigo 3.º, n.º 1, e que acrescentar a esse artigo um novo número, que deverá ter a seguinte redacção: “O Estado Português consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações da soberania decorrentes da sua livre adesão a organizações internacionais”. Nesta hipótese estaríamos perante uma solução próxima da adoptada pela Constituição grega. Se preferir o sistema da autorização geral, nesse caso, deverá seguir o mesmo caminho, mas o novo artigo 3.º, n.º 2, terá então a seguinte redacção: “O Estado Português pode, por acto do Parlamento, delegar em Organizações Internacionais o exercício dos seus poderes soberanos, em condições de reciprocidade com outros Estados”. Este sistema obrigará, contudo, a um

⁵³⁵ Também neste sentido: QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991, p. 410-413, e BAPTISTA, Eduardo Correia - **Direito Internacional Público: Conceito e Fontes**. Lisboa : Lex, 1998, p. 448.

⁵³⁶ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito ...**, cit., p. 134 a 137.

ajustamento no artigo sobre a reserva de competência legislativa da Assembleia da República. Esta solução aproximar-se-ia mais, e para melhor, da que foi adoptada na Alemanha pela Lei Fundamental de *Bonn*; quarto, em alternativa ao proposto no número anterior, poder-se-ia incluir na Constituição um preceito que especificamente atribuísse grau supraconstitucional ao Direito Comunitário, como o faz, por exemplo, a Constituição da Irlanda. Este sistema teria, em relação ao anterior, o inconveniente de não atender ao problema de base que está em causa, que é o da limitação da soberania estadual, mas apresentaria a vantagem de directamente dispor sobre a hierarquia do Direito Comunitário na ordem interna portuguesa. Assim, um novo n.º 2 do artigo 3.º seria substituído pela seguinte nova redacção para o n.º 3 do artigo 8.º: “Os tratados institutivos das Comunidades Europeias e os que modifiquem, bem como as normas e os actos emanados dos seus órgãos competentes, prevalecem sobre o Direito interno e vigoram na ordem interna nos termos definidos na respectiva ordem jurídica, desde que daí não resulte ofensa aos direitos fundamentais ou aos fundamentos do regime democrático”.

A partir do momento em que se entenda que o sistema adoptado pela nossa Constituição, para conceder primado ao Direito Comunitário é imperfeito e incorrecto, recai sobre o legislador constituinte a obrigação de adequar a Constituição às exigências do primado⁵³⁷.

Independentemente da posição do nosso texto constitucional sobre o assunto, o juiz português pode, sempre que tenha dúvidas sobre a interpretação a dar a um preceito dos tratados comunitários ou a uma norma ou um acto de Direito Comunitário derivado em relação com uma norma ou um acto de Direito português, suscitar uma questão prejudicial de interpretação da norma ou do acto de Direito Comunitário junto do Tribunal de Justiça das Comunidades, ao abrigo do artigo 234.º do T.C.E.. O Tribunal, a avaliar pela sua jurisprudência constante, pronunciar-se-á na sentença no sentido do primado supraconstitucional do Direito Comunitário, e será nesse sentido que o juiz português se verá obrigado a aplicar a norma ou o acto comunitário em questão ao caso concreto que tem de decidir (de facto, a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades na decisão prejudicial vincula o juiz que suscitou a questão prejudicial bem como todos os demais, sempre que se defrontem com a mesma questão de direito - trata-se de jurisprudência constante do Tribunal, que tem como expoente máximo o caso *Bosch* - (processo n.º 135/77,

⁵³⁷ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 137 a 139.

de 16/3/78). Note-se, todavia, que em qualquer caso, com este ou outro texto constitucional, o juiz português está obrigado a dar primado supraconstitucional ao Direito Comunitário. E o facto de essa obrigação resultar, fundamentalmente, da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades, ao dar conteúdo e dimensão ao princípio do primado, não exclui que ela consista numa obrigação imposta pelo Direito Comunitário. A violação dessa obrigação poderá fazer incorrer o Estado português num processo por incumprimento, disciplinado nos artigos 226.º a 228.º do T.C.E., e que tem duas fases: a fase graciosa ou pré-contenciosa e, se esta não resultar, a fase contenciosa, que leva à propositura contra o Estado infractor de uma acção de declaração do incumprimento. O Tribunal declarará o incumprimento, ao abrigo do artigo 228.º do T.C.E., ficando, a partir daí, o Estado obrigado a adoptar as medidas necessárias à reposição da legalidade comunitária. No quadro da sentença proferida pelo Tribunal de harmonia com aquele artigo, constitui obrigação do Estado revogar “o mais depressa possível” aquela norma ou aquele acto e “tudo fazer” para o extirpar da ordem jurídica, não devendo ela, de imediato, voltar a ser aplicada, mesmo enquanto não for revogada. Se o Estado não executar nestes termos a sentença do Tribunal, incorre em novo processo por incumprimento, desta vez agravado por desrespeito pelo próprio acórdão anterior do Tribunal. Assim o têm entendido o Tribunal e a doutrina⁵³⁸.

Resta apenas definir o vício que afecta a norma ou acto de Direito interno que contrariar o Direito Comunitário anterior ou posterior. Se o Direito Comunitário fosse já um Direito federal a sanção para a violação do primado consistiria, como o Direito Comparado nos revela, na nulidade, senão na inexistência da norma ou do acto estadual. É, por exemplo, o que se passa na Alemanha por aplicação da regra *Bundesrecht bricht Landesrecht*, definida no artigo 31.º da Lei Fundamental de *Bonn*. Mas, exactamente porque o Direito Comunitário ainda não é um Direito federal, a sanção para a violação do primado situa-se no mero plano da eficácia e não no da validade da norma estadual. Ou seja, gera a mera inaplicabilidade desta. Exponentes máximos da jurisprudência do Tribunal das Comunidades nesse sentido são as sentenças proferidas nos casos *Nold e Simmenthal*. Estamos perante mais uma manifestação do monismo moderado. Isto não exclui que o Estado se encontre constituído na obrigação de conformar o seu Direito interno com o Direito Comunitário anterior ou posterior⁵³⁹. O novo

⁵³⁸ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 140 a 142.

⁵³⁹ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 142-143.

Tratado da União Europeia apenas vem confirmar a posição da doutrina e da jurisprudência quanto ao primado do Direito Comunitário.

É certo que houve Estados, incluindo Portugal, que sentiram a necessidade de rever previamente as respectivas Constituições para poderem ratificar o T.C.E.. A revisão constitucional foi necessária, portanto, para evitar a inconstitucionalidade das leis internas de aprovação do tratado e, para tanto, para conformar o Direito Constitucional interno com o tratado, não equivaleu à fiscalização da constitucionalidade do tratado.

Se o tratado não fosse um tratado internacional clássico, isto é, não exigisse a ratificação de cada um dos Estados-membros para estes a ele se vincularem (como aconteceu com o primeiro Tratado da União Europeia, aprovado por Resolução do Parlamento Europeu de 14 de Fevereiro de 1984, que se contentava com a sua ratificação por uma maioria de Estados-membros cuja população representasse 2/3 da população global das Comunidades para todos os Estados ficarem a ele vinculados, como dispunha o artigo 82.º, isto é, era um tratado constitucional), não haveria lei de aprovação do tratado pelo Parlamento nos Estados que não o ratificassem, portanto, não seria necessária prévia adaptação da Constituição ao tratado e nem por isso, o tratado deixaria de se impor ao Direito Constitucional contrário, por força do primado supraconstitucional do Direito Comunitário. O poder político comunitário nasce daquela delegação, não do “exercício em comum”. O que se verifica é a exclusão do poder dos Estados-membros, não o “exercício em comum”, no sentido de partilha. Mais uma vez, o legislador constituinte português foge a encarar de frente a relação entre o Estado português e as Comunidades e a relação entre o Direito nacional e o Direito Comunitário.

Concluem André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros que o sistema constitucional português vigente acolhe o Direito Internacional na ordem interna segundo a tese monista com primado do Direito Internacional. Fá-lo, porém, através de um preceito, o artigo 8.º da Constituição, que se encontra formalmente mal redigido e que, no plano dos princípios, não vai de encontro, nos seus n.ºs 2 e 3, ao estado actual do Direito Internacional e, muito menos, às exigências da especial natureza do Direito Comunitário. E mesmo a construção do primado do Direito Comunitário que adoptam - na esteira da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades e da doutrina largamente dominante - mais não representa, segundo os mesmos

autores, do que a adesão, ponto por ponto, a todas as consequências da tese monista moderada com primado do Direito Internacional⁵⁴⁰.

Já Jorge Miranda entende que é conveniente a interpretação e aplicação uniformes do Direito Comunitário no interior dos Estados-membros das Comunidades Europeias, mas acha que o Tribunal das Comunidades tem ido longe demais e que a doutrina da supremacia absoluta do Direito Comunitário só se justificaria numa fase de Estado federal.

Diz que não é necessário destruir a função da Constituição, para aceitar um princípio de cooperação entre ordens jurídicas. À visão monista de supremacia-subordinação pode contrapor-se a ideia de uma repartição material de competências: à “competência das competências” dos Estados são subtraídas, por decisão destes, competências sobretudo em matérias económicas *lato sensu*. A relação entre o Direito Comunitário e os Direitos nacionais constrói-se com base nos princípios da atribuição de competências e da colaboração ou complementaridade de ordenamentos autónomos e distintos. Considera, também, que o artigo 8.º, n.º 3, não incorpora um princípio fundamental da Constituição, princípio fundamental é o da constitucionalidade declarado no artigo 3.º, n.ºs 2 e 3. O princípio da repartição de competências, concretizado nas cláusulas implícitas ou expressas de limitação da soberania, é suficiente para justificar a não fiscalização da constitucionalidade das normas comunitárias, excepto nos casos em que se trate de garantir o núcleo essencial da Constituição⁵⁴¹.

De acordo com Gomes Canotilho, a hierarquia e o valor do Direito Comunitário perante o direito interno dos Estados-membros da União Europeia continua um problema em aberto. Continua em aberto porque faltam regras expressas sobre “conflitos de normas” e porque é problemática a resposta à questão de saber se e em que medida a ordem jurídica interna e a ordem jurídica comunitária são ordens jurídicas autónomas e equi-ordenadas. Com base em várias normas constitucionais como as referentes à “cláusula europeia” (artigo 7.º, n.º 5), à “cláusula de integração europeia” (artigo 7.º, n.º 6), à vigência directa na ordem jurídica interna de normas emanadas de órgãos competentes de organizações internacionais (artigo 8.º, n.º 3), à forma de transposição de directivas comunitárias (artigo 112.º, n.º 9), a doutrina e

⁵⁴⁰ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito** ..., cit., p. 143 a 148.

⁵⁴¹ Ver: MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 163-166. Em sentido semelhante CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário** ..., cit., p. 392-393; CAMPOS, João Mota de - **As Relações da Ordem** ..., cit., p. 380 e ss..

jurisprudência destilaram alguns princípios de orientação. Segundo aquele Autor, o princípio de integração (artigo 7.º, n.º 6: “exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia”) e o princípio da capacidade funcional da Comunidade apontam para a preferência de aplicação do Direito Comunitário em relação ao Direito interno dos Estados-membros. Isso significa que os preceitos primários e secundários do Direito Comunitário têm aplicação “imediata e preferente” (*preemption*) relativamente às normas contrárias do Direito interno. Os limites desta “aplicação preferente” resultarão de normas constitucionais relacionadas com os direitos fundamentais dos cidadãos portugueses e com dimensões inelimináveis da estatalidade republicana portuguesa⁵⁴².

A tese, hoje dominante, sobre as relações entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros e o ordenamento comunitário, é a “tese dos ordenamentos separados”. O ordenamento comunitário e os ordenamentos nacionais concebem-se como “ordenamentos” (ou sistemas jurídicos) “autónomos” e distintos. No plano das fontes de direito, isto significa que as normas comunitárias emanam de uma fonte de produção autónoma, diversa das fontes de produção do direito dos Estados-membros. (cfr. sentenças do Tribunal de Justiça das Comunidades, *Costa/ENEL*, de 15/7/64, e *Cilfit*, de 6/10/82)⁵⁴³. No entanto, tal não significa que não haja relações entre eles. A determinação destas relações resulta da articulação das normas constitucionais e das normas do Direito Comunitário.

Diz ainda Gomes Canotilho que muitas das normas do Direito Comunitário - os chamados regulamentos previstos no artigo 249.º do T.C.E. (segundo a numeração do tratado de Amesterdão) - constituem direito directamente aplicável, ou seja, sem necessidade de qualquer acto interno (lei, decreto-lei) de transformação. E como alguns órgãos das Comunidades têm o direito de editar actos normativos, de valor legislativo, pergunta-se se estes actos legislativos dos órgãos comunitários derrogarão leis portuguesas internas contrárias e se, por sua vez, as leis internas poderão posteriormente adoptar disposições contrárias aos actos normativos primários das comunidades. De acordo com as teses “europeístas” da primazia do Direito Comunitário, este teria, tal como o Direito Internacional geral, um valor supralegislativo, e das competências concorrentes (admissão de uma legislação paralela dos órgãos comunitários e nacionais, na medida em que os actos nacionais não contrariem os actos comunitários), a que se opõe a tese do “nacionalismo jurídico” (que

⁵⁴² Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 5.ª ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 689-690.

⁵⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 818.

na sua versão mais radical, entronca nas velhas teorias dualistas do Direito Internacional) que considera o Direito Comunitário (quer originário quer derivado) como um escalão ou grau normativo idêntico ao dos actos legislativos internos⁵⁴⁴.

Partindo-se da aceitação da primazia do Direito Internacional comum e convencional sobre o direito interno, a mesma solução deve adoptar-se quanto ao direito directamente produzido por organizações internacionais, independentemente de se saber se estes esquemas relacionais se reconduzem aos modelos teóricos e jurídicos desenvolvidos quanto às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno ou se se trata de um *tertium genus* com especificidade e razão de ser autónoma.

A doutrina tem apontado para a ideia de preferência de aplicação do Direito Comunitário o que não significa a invalidade do direito interno, mas somente uma prioridade de aplicação.

Gomes Canotilho e Vital Moreira entendiam que, independentemente de como fosse concebida a prevalência do “direito supranacional” sobre o direito ordinário interno, era porém seguro que aquele não podia prevalecer sobre a Constituição, antes teria de ceder perante ela. Na verdade, sendo a Constituição a lei fundamental do país, ela torna inconstitucionais todas as normas que contrariem os seus preceitos ou os seus princípios, qualquer que seja a natureza ou origem da norma. Este é um princípio essencial, de aplicação geral, que só sofre derrogações nos casos expressamente admitidos pela própria Constituição (cfr. artigo 277.º, n.º 2). Em nenhum lugar a Constituição da República Portuguesa faz qualquer distinção entre áreas ou categorias normativas para isentar alguma da obrigação de conformidade constitucional. Nem se compreenderia que fosse doutro modo, visto que admitir que o “direito supranacional” pudesse contrariar a própria Constituição seria o mesmo que admitir a derrogação do princípio da soberania nacional no que ele tem de mais indisponível, ou seja, a autonomia constitucional, o poder de autonomamente decidir sobre a própria lei fundamental da colectividade; noutra perspectiva, equivaleria a admitir a transformação da Constituição numa lei apenas nominal, deixando de constituir um corpo normativo mais ou menos vasto à sua margem e imune aos seus comandos; finalmente, tudo se passaria como se a Constituição pudesse ser materialmente revista, por acto de um órgão externo, sem observância das regras formais, processuais e materiais que presidem à revisão constitucional. Se a Constituição não pode ser infringida pelo Estado, muito menos o poderia ser por uma

⁵⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 818-819.

organização internacional que o Estado venha a integrar. As normas “supranacionais” que contrariem a Constituição não poderiam ser portanto aplicadas pelos tribunais (artigo 204.º) e não podiam deixar de ser submetidas ao Tribunal Constitucional para efeitos de fiscalização de constitucionalidade (artigos 277.º, 280.º e 281.º)⁵⁴⁵.

Para aqueles dois Autores, as normas de Direito Internacional, em geral, e de Direito Comunitário, em particular, valem como fonte de direito directa e autónoma da ordem jurídica interna. Afigura-se-lhes seguro que as normas internacionais ou comunitárias valem como lei, sob o ponto de vista do fundamento legal dos regulamentos e da actividade administrativa. Quando exequíveis por si mesmas são directamente aplicáveis. E também podem ser objecto de regulamentação interna por via de regulamento, sem intermediação legislativa. Seguro é, todavia, que não se pode deixar de respeitar a reserva de lei que porventura exista na matéria em causa, bem como a eventual reserva de competência legislativa parlamentar. As normas emitidas por organizações internacionais de que Portugal faça parte (incluindo o Direito Comunitário das Comunidades Europeias) estão indubitavelmente abrangidas no conceito de normas utilizado nesta área pela Constituição (art. 8.º, n.º 3), não estando prevista nenhuma excepção para esse direito (e de resto não deixaria de ser chocante, sob o ponto de vista do próprio princípio do Estado de Direito - que há-de começar por ser Estado de Direito Constitucional, admitir a imunidade constitucional de quaisquer normas vigentes na ordem jurídica portuguesa)⁵⁴⁶.

Contudo, na edição mais recente do seu Manual, o Professor Gomes Canotilho afirma que o princípio da prevalência do Direito Comunitário começou a levantar fortes dúvidas em relação ao Direito Constitucional e que os argumentos sistematicamente apresentados contra a supremacia face à Constituição hoje já não parecem suficientes “para neutralizar o efeito constituinte dos Tratados da União Europeia”⁵⁴⁷. Parece-lhe que as alterações sucessivas dos tratados no sentido do aprofundamento, constituem um processo constituinte. Embora não haja ainda um “procedimento constituinte europeu nem uma Constituição europeia, assiste-se a uma espécie de procedimento constituinte evolutivo que obriga a alterações formais das constituições dos Estados-membros e produz revisões não convencionais no Direito Constitucional nacional (exemplo: a alteração da Constituição económica em virtude da

⁵⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 81 e ss. e 984.

⁵⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Constituição da República** ..., cit..

⁵⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 820.

aplicação da Constituição económica europeia)”. Para além disso, aquele Professor admite que o direito primário dos tratados acaba por se impor ao Direito Constitucional interno, embora com limites, não podendo subverter os “princípios constitucionais materialmente irrevissíveis”. O Direito Comunitário com primazia relativamente a normas constitucionais só pode ser o direito convencional dos tratados. A primazia será apenas no sentido de preferência, ou seja, “os preceitos constitucionais internos incompatíveis com normas comunitárias não são nulos ou anuláveis, mas apenas inaplicáveis no caso concreto”⁵⁴⁸.

A propósito dos dois primeiros números do artigo 8.º, o Direito Internacional ocupa uma posição infraconstitucional pelo que também é objecto dos mecanismos de garantia da Constituição. No entanto, as modalidades de revelação dos normativos de direito derivado, estabelecidas de acordo com as convenções internacionais que criam as respectivas organizações internacionais, podem não ser harmonizáveis com os mecanismos de controle da constitucionalidade. Tal é o caso, em relação à fiscalização preventiva da constitucionalidade, de todos os instrumentos de direito derivado que dispensem a sua transformação pela ordem jurídica portuguesa através de acto legislativo. Estão incluídos nesta categoria, dentro da ordem jurídicas comunitária, os regulamentos, as directivas (que neste particular não se confundem com os instrumentos de transposição) e as decisões de matriz normativa (fazendo apelo ao conceito funcional de norma que é relativamente pacífico na jurisprudência constitucional portuguesa).

Também os mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão parecem não incluir o direito derivado, na medida em que a *ratio* deste instituto de garantia da Constituição aponta para uma auto-suficiência do Estado enquanto sujeito passivo do comando constitucional.

É ao Tribunal Constitucional português que compete a interpretação da conformidade entre o Direito interno, *maxime* o Direito Constitucional, e o Direito Comunitário.

Na sequência de atribuição de valor infraconstitucional ao Direito Internacional convencional surge como lógica idêntica valoração do direito derivado. Esta observação pretende afastar as várias construções dogmáticas que pretendem ver no primado do Direito Comunitário quer uma fórmula de supranacionalidade (tese do T.J.C.E.) quer uma carta de alforria para a fiscalização da constitucionalidade, classificando o ordenamento comunitário

⁵⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 820-821.

como autónomo ou não dependente de relações de hierarquia no seu relacionamento com o ordenamento jurídico português.

Convém referir que a referida autonomia do ordenamento jurídico comunitário cessa no preciso momento em que este ordenamento pretende condicionar a actuação dos órgãos de soberania ou dos cidadãos. A partir do momento em que qualquer destas esferas jurídicas é afectada, entra em campo a Constituição, parâmetro de garantia de uma determinada organização política e económica e de determinados direitos fundamentais. Que a fiscalização da constitucionalidade das normas e actos de Direito Comunitário possa fazer o Estado português incorrer em responsabilidade internacional em nada afecta os poderes desse mesmo Estado em matéria de garantia da Constituição.

A possibilidade de convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da União Europeia não se traduz na consagração do primado do Direito Comunitário mas numa autorização genérica, mas condicionada, de delegação expressa de alguns poderes soberanos.

O contributo da revisão constituinte de 1997 para a solução deste problema passa pela habilitação constitucional resultante do novo n.º 9 do artigo 112.º. Assim a transposição de directiva sem recurso a lei formal gerará uma inconstitucionalidade formal. A solução não deixa de ser curiosa não só porque ignora a natureza regulamentar de muitas directivas mas também porque a constitucionalização desta fonte de Direito Comunitário se faz por referência à forma de transposição, ignorando as problemáticas construções jurisprudenciais relativas às directivas não transpostas.

Na perspectiva da Constituição da República Portuguesa, a resposta que se encontre para o conflito entre o Direito Internacional de matriz convencional e o Direito Comunitário resulta da resposta que for encontrada para a chave de interpretação do n.º 2 do artigo 8.º. Se ao Estado português não é constitucionalmente permitido frustrar o efeito das normas convencionais a que está internacionalmente vinculado, adoptando legislação interna que as contrarie, também não será de admitir uma fraude à Constituição que se traduza no desvirtuar do efeito do artigo 8.º, n.º 2, pela via da celebração de uma convenção internacional⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV Revisão Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 77-86. Também CUNHA, Paulo de Pitta e RUIZ, Nuno - O Ordenamento Comunitário e o Direito Interno Português. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 55: (Julho de 1995), p. 341-352, especialmente p. 342 e ss..

Em suma, a maior parte da doutrina admite a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito estadual, quanto à questão da supraconstitucionalidade avança-se mais no sentido de que as Constituições estatais e o Direito Comunitário se interligam mas sem se sobrepor, há uma coexistência e praticamente não entram em conflito, o que se verifica é que, não só em Portugal como em Espanha, a parte económica das Constituições estaduais já foi substituída pelo Direito Comunitário, no entanto, as Constituições preservam um “núcleo duro” de matérias que é intocável (cfr. o artigo 288.º da nossa Constituição, que a doutrina considera que consagra as matérias consideradas como núcleo essencial da Constituição) e insusceptível, por natureza, de integrar o âmbito das competências voluntariamente delegadas.

PARTE III

A INTEGRAÇÃO

Enquadramento da questão

Diz Isabel Lirola Delgado que o processo de globalização⁵⁵⁰, que a sociedade internacional tem experimentado de forma acelerada, nos últimos tempos, levou a uma intensificação dos fenómenos de regionalismo e regionalização internacional que se expressam na formação de grandes agrupamentos de Estados por motivos económicos. Por sua vez, a própria dinâmica da globalização coloca a necessidade de articular as relações entre estes grupos de Estados, já que num mundo cada vez mais interdependente e fluído é difícil manter esquemas rígidos de relações, sendo necessário encontrar fórmulas que permitam compaginar as duas tendências a que, hoje em dia, parecem responder as relações económicas internacionais: o multilateralismo e o regionalismo. Estas duas tendências não só se apresentam como incompatíveis entre si, como uma das razões da revitalização do fenómeno do regionalismo internacional se encontraria precisamente no estabelecimento de um contexto caracterizado pela liberalização do comércio mundial e a multilateralização das concessões, o que proporcionou por sua vez o desenvolvimento de uma ideia de “regionalismo aberto”⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ Diz **Sálvio de Figueiredo Teixeira** que com a globalização da economia e o surgimento dos blocos regionais, que não se esgotam na esfera económica, mas abrangem também integração social e cultural, com problemas comuns concernentes à protecção dos direitos humanos, às desigualdades sociais, ao combate ao tráfico e à degradação do meio ambiente, surgiu como imperativo de segurança jurídica, um novo ramo do Direito denominado *Direito comunitário* situado entre o Direito interno e o Direito Internacional e com foros de autonomia (de que é exemplo a aplicabilidade directa e a supremacia das suas regras em relação às normas internas de cada Estado), a flexibilizar o conceito tradicional da soberania quanto à ideia de supremacia absoluta da ordem jurídica interna. Ver: *A Aplicação do Direito Comunitário no Mercosul*. In *Scientia Iuridica*. Braga: Livraria Cruz. Tomo XLVII - n.ºs 277/279: (Janeiro-Junho, 1999), p. 51-65, especialmente p. 62-63.

⁵⁵¹ Ver: LIROLA DELGADO, Isabel - Las Relaciones entre la Union Europea Y El Mercosur en la Perspectiva de una Asociacion Interregional. In PUEYO LOSA, Jorge e REY CARO, Ernesto J. (org.) - “Mercosur: Nuevos Ambitos Y Perspectivas En El Desarrollo Del Proceso De Integracion”. Buenos Aires: USAL Universidad del Salvador, 2000, p. 148; sobre este tema ainda WALKER, Neil - Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union. In BANKOWSKI, Zenon e SCOTT, Andrew (eds.) - “The European Union and Its Order - The Legal Theory of European Integration”. 1.ª ed.. Oxford: Blackwell Publishers, Ltd, 2000, p. 31-65, especialmente p. 38 e ss.; CABO, António del e PISSARELLO, Gerardo

As referidas tendências no plano mundial encontram reflexo tanto na América Latina como na Europa. Na América Latina constata-se durante este período uma progressiva consolidação e aprofundamento dos processos internos de democratização e reforma económica, iniciados nos anos 80. Estes processos decorreram paralelamente ao relançamento e aparição de distintas iniciativas de integração regional na zona, no marco de “um novo regionalismo latino-americano” que, contrariamente aos esquemas seguidos no passado, em que a integração regional se colocava como “um instrumento de defesa colectiva contra as adversidades originadas no sector externo”, é concebido agora como um elemento destinado a contribuir para a melhor inserção económica internacional da região⁵⁵².

O processo de integração europeu não permaneceu afastado das mudanças na sociedade internacional do após “guerra fria”, que serviram para dinamizar a criação de uma União Europeia como uma nova entidade de natureza política, integrada pelas “primitivas” Comunidades Europeias e pelos mecanismos de cooperação intergovernamental em âmbitos específicos. Esta transformação vai produzir efeitos importantes, especialmente pelas novas perspectivas de actuação abertas no plano externo e pela vontade de consolidar a União Europeia como actor no plano das relações internacionais⁵⁵³.

Assim, verifica-se que se têm desenvolvido - fruto da globalização económica, sobretudo - processos semelhantes ao europeu, em diferentes regiões dos vários continentes (ASEAN, Mercosul, NAFTA, O.U.A. hoje - União Africana, etc.)⁵⁵⁴. Em geral, estes diferem

(Editores) - **Constitucionalismo, Mundialización Y Crisis del Concepto de Soberanía**. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000, p. 23 e ss..

⁵⁵² LIROLA DELGADO, Isabel - Las Relaciones entre ..., cit., p. 149.

⁵⁵³ Diz a Autora que: os primeiros Acordos internacionais entre a então Comunidade Europeia e os Estados da América Latina - os chamados “Acordos de Primeira Geração” - firmaram-se durante os anos 70. Estes acordos tinham um alcance muito limitado e específico e celebraram-se com os países com maior potencial económico. Posteriormente, na década de 80, subscreveram-se os “Acordos de Segunda Geração” que supõem a transformação dos antigos acordos comerciais em novos acordos de cooperação, nos quais a ajuda ao desenvolvimento tem uma relevância crescente.

Nos anos 90, e coincidindo com a intensificação dos processos de integração regional na Europa e na América Latina, concluem-se os “Acordos de Terceira Geração”. Resulta evidente que as relações da U.E. com a América Latina iam ver-se favorecidas a partir da adesão de Espanha e Portugal às Comunidades Europeias, na medida em que se tratava de âmbitos geográficos que tinham constituído pontos de referência tradicionais da política exterior dos mesmos, em função dos evidentes laços históricos e culturais. A diferença dos acordos de cooperação anteriores, é que estes se caracterizam pela ampliação do âmbito material, assim como por um incremento do comércio e da ampliação da cooperação para o desenvolvimento. Em LIROLA DELGADO, Isabel - Las Relaciones entre ..., cit., p. 147-157.

⁵⁵⁴ A ASEAN - Associação das Nações do Sueste Asiático - teve origem na Declaração de Bangkok, aprovada pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros da Indonésia, Malásia, Filipinas e Tailândia, em 8 de Agosto de 1967. A estes Estados agregou-se, em Janeiro de 1984, o Brunei. Aqueles Estados assinaram, em 24 de Fevereiro, de 1976, em Bali, o Tratado de Amizade e Cooperação na Ásia Sul Oriental, com a denominação Declaração A.S.E.A.N. *Concord*. Entre os seus objectivos distinguem-se: desenvolver o crescimento económico,

do europeu no que se refere aos objectivos a atingir, na duração e no desenvolvimento institucional alcançado⁵⁵⁵. Por exemplo, na América do Norte, no princípio dos anos 90, entrou em vigor o Tratado de Livre Comércio da América do Norte - NAFTA - (o acordo foi celebrado em 1992 e entrou em vigor em Janeiro de 1994) que agrupa o Canadá, Estados Unidos e México. Os seus objectivos, por agora, não vão além da instauração de uma área de livre comércio, isto é, está limitado ao âmbito comercial, sem objectivos políticos. Na América do Sul, foi criado em 26 de Março de 1991 o Mercosul (Mercado Comum do Sul), que integra a Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, aponta para a criação de um mercado comum (a concretizar em 31 de Dezembro de 1994, o que não sucedeu), mas para tal teve que, previamente, criar âmbitos de livre comércio, enquanto entretanto procura o estabelecimento de uma união aduaneira. Na prática, o Mercosul foi uma zona de livre comércio durante o período de transição (1991-94). Hoje, participam no Mercosul, para além dos quatro Estados já referidos, o Chile e a Bolívia. Quanto à recém-criada União Africana, que ao fim de 40 anos veio substituir a O.U.A. (a África do Sul acolheu, em Julho de 2002, a última cimeira da O.U.A. e a primeira da União Africana), tem a tarefa de tentar realizar os grandes desígnios de paz, unidade e integração económica dos países fundadores da O.U.A., e terá um carácter supranacional, semelhante em alguns aspectos à União Europeia. Será um modelo muito próximo da ideia federal, o princípio da intangibilidade das actuais fronteiras entre Estados foi reafirmado, mas a União consagra o direito de intervenção, em casos particularmente graves de violações dos direitos humanos. Serão excluídos da União os países cujos Governos tomaram o poder pela força das armas, ou processos não democráticos, em troca serão admitidos todos os países africanos que ratifiquem a Carta da União, sejam ou não

o progresso social e promover a paz. A O.U.A. - Organização da Unidade Africana - cujo estatuto foi aprovado em 25 de Maio de 1963, em Addis-Abeba, na presença de representantes de 30 países africanos, tinha como objectivos reforçar a unidade e solidariedade dos Estados Africanos, coordenar e intensificar a sua cooperação, defender a sua soberania, independência e integridade territorial, eliminar, sob todas as formas, o colonialismo em África e favorecer a cooperação internacional, para a concretização destes fins os Estados comprometeram-se a coordenar e harmonizar as suas políticas gerais. No entanto, apesar da aparência de unidade o que é certo é que os Estados Africanos se encontram divididos. Em 1994, a África do Sul torna-se no 53.º membro da O.U.A., na Cimeira de Tunes. Na Cimeira de Syrte, na Líbia, em 1999, os Chefes de Estado decidem, pela primeira vez, criar uma União Africana com base na Carta da O.U.A. e no Tratado de Abuja de 1991. Um ano após, em Julho de 2000, em Lomé, 27 Chefes de Estado adoptaram o Acto institutivo da União Africana, um texto longe do projecto inicial do dirigente líbio, Moammar Khadafi, sem disposições vinculativas e sem calendário pré-estabelecido. A Cimeira de Lusaca, em Julho de 2001, assinalou o nascimento da União Africana, após a ratificação pelos Parlamntos nacionais da transformação da organização. Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 525 e ss..

⁵⁵⁵ As organizações regionais ou parciais, da sociedade internacional, estavam previstas no Pacto da S.D.N. (artigo 21.º) e são consentidas, hoje, pelos artigos 52.º e ss. da Carta das N.U..

membros da O.U.A. (o que foi interpretado como um convite a Marrocos, que saiu da organização em 1984). Os objectivos do Mercosul superam os da NAFTA mas não alcançam os da União Europeia, por sua vez a União Africana pretende ser um projecto federal que “promova a integração política e socio-económica do continente” e ultrapasse a União Europeia. Mas a maior semelhança verifica-se no aspecto institucional⁵⁵⁶. Estes processos têm tido avanços significativos mas também têm passado por fases de paragem e de fortes crises⁵⁵⁷.

Assim, o processo de integração europeia não é o único na actualidade, nem sequer numa perspectiva histórica. Nesta última, podemos encontrar processos similares de carácter político, comercial ou económico, ainda que em diferentes circunstâncias. É o caso dos Estados Unidos⁵⁵⁸ e Canadá na América do Norte e o da Alemanha e Itália na Europa. O seu estudo pode ser interessante para compreender o que está a suceder hoje com a União Europeia. Alguns começaram pelo aspecto político, outros pelo comercial e económico, assim como foram diferentes os factores que originaram o seu arranque: necessidades bélicas e

⁵⁵⁶ A estrutura do Mercosul é complexa, tem como órgãos principais um Conselho do Mercado Comum, um Grupo do Mercado Comum, uma Secretaria Permanente, uma Comissão Parlamentar Conjunta, Comissão de Comércio e o Foro Consultivo Económico e Social. Quanto à NAFTA a sua estrutura institucional é reduzida pois conta com uma Comissão de Livre Comércio, com um Secretariado, Comissões de Comércio de Bens, Barreiras Técnicas para o Comércio, Intervenção Governamental, Investimentos, Serviços e Assuntos relacionados. A União Africana numa primeira fase prevê a criação de quatro órgãos: a Assembleia ou Conferência da União, o Conselho de Ministros, o Comité de representantes permanentes e a Comissão, e numa fase mais avançada, o Parlamento e o Tribunal de Justiça. Prevê-se também ainda a criação de um Fundo monetário africano e um Banco Central a nível continental. Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 530 e ss. e CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Universitario Sur, Santiago de Compostela, 2001, p. 96 e ss..

⁵⁵⁷ Ver: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización ...**, cit., p. 96 e ss..

⁵⁵⁸ De acordo com Celso Cancela Outeda a experiência americana situa-nos perante problemas jurídico-constitucionais semelhantes aos que, actualmente se apresentam aos europeus. Recorde-se, neste sentido, as propostas efectuadas pelos treze Estados norte-americanos para criar uma entidade que substituisse a Confederação. Depois de limarem as diferenças alcançaram o Compromisso de *Connecticut* ou o Grande Compromisso, que serviria de base para a Convenção de Filadélfia e, consequentemente, para a Constituição de 1787. Nestes documentos tratavam-se questões como a estruturação mono ou bicameral do poder legislativo, o número e a forma de eleição de representantes de cada Estado para este poder federal, a nomeação e composição do poder executivo, etc.. Para além disso, os Estados Unidos tiveram também que abordar a questão de expansão, o que motivou a incorporação progressiva de novos Estados até ao número actual. Ver: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización ...**, cit., p. 97. Em sentido diferente pode ver-se: BORELLA, François - Soberanía, Supremacia Y Reparto de Poderes. In PÉREZ CALVO, Alberto (coord.) - “Estado, Nación Y Soberanía (Problemas actuales en Europa)”. Madrid: Secretaría General del Senado - Dirección de Estudios y Documentación, 2000, p. 23-44, especialmente p. 39 e 40, onde o Autor diz que o modelo dos Estados Unidos da América de pouco serve, uma vez que a União Americana sucedeu a Estados que tinham dez anos de independência, eram todos antigas colónias britânicas e pertenciam todos à mesma área cultural. A Convenção de Filadélfia teve que resolver problemas institucionais difíceis, mas o princípio da criação de uma União federal aparecia como a consequência lógica da vitória comum sobre o colonizador. Os Estados europeus têm uma existência secular ou plurisecular, pertencem a áreas culturais e religiosas diferentes e a sua união será fruto de uma vontade política.

defensivas, ampliação de mercados, impulsos nacionalistas, etc.. Num casos, a integração fez-se pacificamente, noutros mediante recurso à força militar; nuns a comunidade política adoptou uma estrutura federal, em outros centralizada.

Por exemplo, a experiência alemã mostra-nos um processo que se iniciou no terreno comercial e económico e culminou com a união política. Segundo alguns Autores, hoje em dia, o modelo federal alemão, tal como se consagrou após a II Grande Guerra, merece ser tomado em conta como inspiração da União Europeia⁵⁵⁹.

A unidade europeia desde o início que teve uma tripla ambição: em primeiro lugar, constituir uma unidade económica dentro dos parâmetros do que se designa como economia de mercado, sendo que a unidade económica foi, até hoje, a dimensão que mais desenvolvimento obteve dentro do processo de unidade e o autêntico motor que impulsiona para a unidade política, em segundo lugar, a construção europeia teve também a ambição de construir um modelo de sociedade baseado nas ideias de liberdade e igualdade próprias de um Estado providência, e em terceiro lugar a ambição, menos conseguida do que as anteriores, de acabar sendo uma unidade política baseada na ideia de Estado democrático de direito⁵⁶⁰.

Em suma, o processo de integração europeia em comparação com outros contemporâneos é, por agora, o mais ambicioso, tanto do ponto de vista político como económico, e talvez o que tem tido mais sucesso⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 96 e ss..

⁵⁶⁰ CARRERAS SERRA, Francesc de - Por una Constitucion Europea. In Revista de Estudios Politicos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n.º 90: (1995), p. 193 e ss..

⁵⁶¹ Um dos objectivos dos Estados Unidos da América é também a criação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) que se estenderá desde o Alasca à Terra do Fogo abrangendo 800 milhões de pessoas. No fim-de-semana de 21 de Abril de 2001, realizou-se em *Québec City*, a Cimeira trienal das Américas, com representantes de 34 países do hemisfério ocidental que iriam confirmar o prazo de Dezembro de 2005 como limite para a ratificação de um tratado de criação do maior mercado do mundo. A ideia foi lançada no início da década de 90, mas o ambiente é agora bem diferente, uma vez que a esmagadora maioria dos Chefes de Estado latino-americanos presentes no *Québec* estavam na oposição quando se realizou a Cimeira do Chile, em 1998, e ganharam as eleições criticando as políticas ultraliberais dos seus antecessores, o próprio México cujo Presidente é adepto da economia de mercado considerou prematura a criação da ALCA. O Brasil foi o porta-voz da resistência à pretensão dos Estados Unidos e do Canadá, apoiada pelo Chile, ao adiamento para 2003 da conclusão das negociações. Resistência com algum êxito, já que na reunião preparatória, que se realizou no início do mês de Abril, em *Buenos Aires*, os 34 Ministros do Comércio americanos resolveram não só fixar a data de 1 de Janeiro de 2006 para a entrada em vigor da ALCA como o princípio da unanimidade sobre a totalidade das cláusulas do Acordo. Não se trata de pôr em causa o projecto, mas de assegurar que não será talhado à medida dos interesses dos E.U.A. e de dar às frágeis economias dos países do sul o tempo de se prepararem para a abertura total dos mercados. Ver: SARAIVA, José Flávio Sombra - Brasil e Mercosul: Entre a Área de Livre Comércio das Américas e a União Europeia. Lusíada - Revista de Ciência e Cultura. Porto: Departamento de Relações Internacionais da Cooperativa de Ensino Universidade Lusíada do Porto. ISSN 0874-8640. N.º 2: (2001), p. 149-161; JENKIS, Tony - **A cimeira do grande Mercado**. Artigo publicado no Jornal "Expresso" de 21 de Abril de 2001 e ainda no mesmo local e data o artigo de GUARDIOLA, Nicole - **Brasil quer contrariar hegemonia norte-americana**.

CAPÍTULO I

Soberania e União Europeia

A criação pelos Estados contemporâneos de novos instrumentos para se relacionarem entre si constitui uma das principais modificações experimentadas, no século XX, pelo Direito Público. A superação do marco nacional como âmbito da actividade económica, social e cultural teve necessariamente reflexos na realidade política. Assim, o Direito Internacional viu-se obrigado a efectuar um profundo desenvolvimento, para oferecer soluções aos novos problemas. Estas soluções, no geral, basearam-se no princípio da cooperação entre os Estados, mantendo intangível a soberania destes. Assim, diz Remiro Brotons que “a cooperação toma (...) como ponto de partida uma sociedade composta, primariamente, de Estados soberanos e pressupõe o seu respeito”⁵⁶², e nas palavras de Carrillo Salcedo “as Organizações Internacionais não afastaram os Estados soberanos, mas antes consolidaram a estrutura predominante interestadual do sistema internacional”⁵⁶³.

Contudo, este princípio inspirador das relações internacionais, em certo momento histórico, viu-se superado, em consequência do drama vivido pela Europa durante a II Grande Guerra, os Estados europeus mais directamente envolvidos no dito conflito, concluíram que o modelo cooperativo era por si só insuficiente e, assim, surgiu uma nova fórmula de relação entre Estados que se concretizou nas Comunidades Europeias. A criação das Comunidades Europeias pressupôs o aparecimento de uma nova fórmula de relação internacional distinta da figura tradicional da organização internacional. Esta articulava-se de acordo com o princípio da cooperação enquanto a nova figura é definida pela ideia de integração. O fenómeno jurídico comunitário introduziu no Direito Público um conjunto de novas questões e uma delas foi a de resolver conceitualmente a combinação entre a categoria “Estado” e o novo ente supra-estatal, entre Constituição e integração. Uma vez que a integração representa uma

⁵⁶² REMIRO BROTONS, A. - **Derecho Internacional Público**. Madrid, 1982, p. 279, citado por PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española y Comunidad Europea**. 1.ª ed.. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1994, p. 21, pé-de-página n.º 1.

⁵⁶³ CARRILLO SALCEDO, J. A. - Curso de Derecho Internacional Público. Madrid, 1992, p. 78, citado por PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 21, pé-de-página n.º 2.

relativização do conceito de soberania, é importante determinar em que consiste a ideia de integração e qual é o seu alcance⁵⁶⁴.

De acordo com Mota de Campos, os Estados ao assumirem o estatuto de membros das Comunidades renunciaram a uma considerável parcela das suas competências tradicionais, mas para além disso conferiram às instituições comunitárias, com vista à criação do mercado comum e à realização da União Europeia, o exercício de poderes mais vastos tanto de carácter legislativo, como executivo, jurisdicional e até político. Assim, a conclusão dos tratados implicou para os Estados participantes uma auto-limitação da soberania nacional e mais do que isso a transferência do exercício de poderes soberanos do Estado⁵⁶⁵. Esta dimensão de “abandono” de competências a favor do novo ente é o primeiro elemento que caracteriza a integração. Se a soberania corresponde à soma dos poderes do Estado e parte destes poderes deixam de ser exercidos por este para serem desenvolvidos por um ente supra-estatal, isso supõe, de uma forma simplista, limitar a soberania. Assim identificam algumas Constituições⁵⁶⁶ o fenómeno da integração e nestes termos também o qualificaram o Tribunal

⁵⁶⁴ PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 22-35. Sobre a questão da soberania podem ver-se variadas obras tais como: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 59 e ss.; BORELLA, François - **Soberanía, Supremacia** ..., cit., p. 23-32; PÉREZ CALVO, Alberto - **Estado, Nación y Soberanía**. Madrid: Secretaría General del Senado - Departamento de Publicaciones, 2000; QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain - **Droit International Public**. 6.º ed.. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 419 e ss.; PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 299 e ss.; COMBACAU, Jean et SUR, Serge - **Droit International Public**. Paris: Editions Montchrestien, E. J. A., 1995, p. 226 e ss.; CAMILLERI, Joseph A. e FALK, Jim - **The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World**. England: Edward Elgar Publishing Limited, 1994, p. 11 e ss.; TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 199 e ss.; MORTATI, Costantino - **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 10.ª ed.. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991, p. 96 e ss.; BROWNLIE, Ian - **Principles of Public International Law**. 4.ª ed., 1990, tradução portuguesa: **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 121 e ss.; ANAND, R. P. - **Sovereign Equality of States in International Law**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987; REMIRO BROTONS, Antonio - **Derecho Internacional Público: Principios Fundamentales**. 1.ª ed. - 1.ª reimpressão. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1983, p. 79 e ss.; BONAVIDES, Paulo - **Ciência Política**. 3.ª ed.. Companhia Forense de Artes Gráficas, 1979, p. 129 e ss.; NIEMEYER, Theodor - **Derecho Internacional Público**. 3.ª ed.. Barcelona, Madrid, Buenos Aires e Rio de Janeiro: Editorial Labor, S.A., 1940. Colección Labor, p. 88 e ss.; DUGUIT, Léon - **Manuel de Droit Constitutionnel: Théorie générale de l'État - Organisation Politique**. Paris: Albert Fontemoing, Éditeur, 1907, p. 112 e ss.; Kelsen, Hans - **Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Paris: Librairie Hachette. Tome 14-IV: (1926), p. 232-326, especialmente p. 248 e ss..

⁵⁶⁵ CAMPOS, João Mota de - **Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional - A Ordem jurídica - O ordenamento Económico da União Europeia**. 1.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 2000, p. 237.

⁵⁶⁶ Por exemplo: o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946 que se encontra como Anexo II à Constituição actual, de 1958, e referenciado no seu Preâmbulo, assinala que: “Em condições de reciprocidade

de Justiça das Comunidades⁵⁶⁷ e tribunais nacionais⁵⁶⁸. No entanto, existe uma contraposição entre a concepção que o Tribunal de Justiça possui da integração, como cessão da titularidade da competência, e a dos textos constitucionais que só permitem a cessão do exercício. Esta contraposição resulta da falta de uma construção teórica da ideia de integração ou pelo menos de uma elaboração mais acabada desta categoria, mas gera conflitos práticos. A integração é uma forma de limitar a soberania mas não a única, qualquer tratado internacional, de certa forma, pressupõe uma auto-limitação da soberania. J. V. Louis define a integração como a “criação de um poder real para exercer as competências confiadas às instituições da Comunidade”⁵⁶⁹.

Para Fausto de Quadros, o poder político da Comunidade nasce de uma delegação de poderes soberanos que é moldada pela teoria da transferência de poderes. É uma delegação revogável, através da revisão dos tratados ou dissolução da Comunidade. A relação entre os Estados-membros e as Comunidades assenta numa limitação de poderes soberanos dos primeiros, mas não belisca a sua soberania (no sentido da soberania qualitativa⁵⁷⁰). O poder

França consentirá as limitações de soberania necessárias para a organização e à defesa da paz”, assim como o artigo 11.º da Constituição italiana também estipula que “Itália (...) acede (...) às limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações, e promoverá e favorecerá as organizações internacionais encaminhadas para este fim”. Ver: PÉREZ TREMPs, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 39.

⁵⁶⁷ Ver por exemplo: a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias *Newmann*, de 13 de Dezembro de 1967 (*In Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)* - processo n.º 17/67, p. 572 e ss.) que assinalou que “os Estados (...) conferiram às instituições comunitárias o poder de adoptar medidas (...) submetendo assim os seus direitos à limitação correspondente”; na sentença *Costa/ENEL*, de 15 de Julho de 1964, disse também aquele Tribunal: “(...) ao constituir uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e mais particularmente de poderes reais nascidos de uma limitação de competência ou de uma transferência de atribuições dos Estados à Comunidade” (*In R.J.C.*, 1964, p. 1143 e ss.) e ainda na sentença *Van Gend & Loos*, de 5 de Fevereiro de 1963 (*In R.J.C.*, 1963, p. 1 e ss.) “(...) em benefício do qual os Estados teriam limitado, ainda que em matérias restritas, os seus direitos de soberania”. Ver: LOPEZ CASTILLO, Antonio - **Constitución e Integración: El Fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en RFA**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 29 e ss..

⁵⁶⁸ Por exemplo na sentença do Tribunal Constitucional italiano n.º 183/1973, caso *Frontini*, aquele assinala que “as limitações de soberania encontram (...) a sua equivalência nas faculdades adquiridas no seio da Comunidade mais ampla da qual Itália faz parte”. Ver: PÉREZ TREMPs, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 39; e El Concepto de Integración Supranacional en la Constitución. *In Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 13: (Septiembre-Diciembre) 1992, p. 103-126.

⁵⁶⁹ LOUIS, J. V. - **Ordenamiento jurídico comunitário**. Luxemburgo, 1991, p. 7, citado por PÉREZ TREMPs, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 41.

⁵⁷⁰ O conceito de soberania é susceptível de revestir dois aspectos diferentes: o primeiro é o da soberania como aptidão para se afirmar como poder supremo e independente, surgindo daí um conceito qualitativo de soberania, o outro aspecto é o da soberania como soma de poderes soberanos, isto é, como medida de todas as faculdades em que se traduz o poder supremo e independente, e daqui chegamos a um conceito quantitativo de soberania. Para mais desenvolvimento desta questão pode ver-se: QUADROS, Fausto de -

político comunitário não possui autonomia em relação ao poder político dos Estados-membros, na Comunidade Europeia o poder de criação do direito, ou seja, o poder legislativo, está entregue ao Conselho das Comunidades composto por “delegados” dos governos dos Estados-membros, que representam os interesses dos Estados e não o interesse comunitário. A vontade expressa pelo Conselho traduz a composição dos diferentes interesses estaduais e não exprime uma verdadeira vontade integrada, uma vez que o Conselho é o órgão de coordenação das soberanias estaduais, não obstante a participação da Comissão no processo legislativo, a vontade dos Estados acaba por ter um papel decisivo e determinante. Os Estados, para além de delegarem poderes nas Comunidades, vão recuperar nelas, através do Conselho, esses mesmos poderes que voluntariamente delegaram⁵⁷¹.

Quanto à ordem jurídica da Comunidade Europeia (C.E.), segundo aquele Autor, podemos dizer que é, estruturalmente, mais intensamente comunitária, mas não abandona o critério da soberania na produção da regra de Direito, quer enquanto os Estados continuam a ser “donos dos tratados”, quer na medida em que o Direito Comunitário derivado é legislado pela óptica dos interesses individualistas dos Estados, ainda mais acentuadamente após os Acordos do Luxemburgo.

Segundo Pereira Menaut, a União Europeia está a alcançar altos níveis de integração económica e ultimamente também jurídica e política.

Assim, as fronteiras relativizam-se cada dia mais e perderam inclusive a sua aparência externa. Este Autor entende por Estado a organização racional do poder, em regime de monopólio, num território determinado, sendo os seus elementos mais característicos a soberania, no âmbito do ideal, a burocracia no organizativo e o território no material. Não coincide com a ideia de comunidade política. Tão pouco coincide com o conceito de Constituição, como freio ao poder, submissão do poder ao Direito, direitos inatos e, inclusive, em certa medida opõe-se-lhe. Pelo mesmo facto, Constituição e soberania são diferentes e em alguns aspectos antitéticos⁵⁷².

Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu. Lisboa: Almedina, 1991, p. 338-340.

⁵⁷¹ QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 380-385 e 405.

⁵⁷² PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Después De La Soberanía. In Revista de Derecho Político. Madrid: Universidad Nacional de Educación A Distancia. N.º 50 - Separata: (2001), p. 59 e pé-de-página n.º 6, da p. 60.

De acordo com alguns Autores⁵⁷³ é frequente, nos dias de hoje, ver-se posta em causa a noção de soberania. Na Europa, a discussão tem subido de tom na proporção dos avanços no sentido da união política que desponta no seio da União Europeia, criação de contornos ainda mal definidos pelo Tratado de Maastricht. Com efeito, a instituição de uma estrutura de contornos federais ou para-federais, que faria desaparecer a figura do Estado soberano tão arduamente conquistada ao longo de lutas seculares, é uma perspectiva que muitos temem.

Em primeiro lugar, relativamente às causas que começaram por abalar alicerces da tradicional noção de soberania, cabe lembrar que elas surgiram em meados deste século, na sequência das duas terríveis guerras que abalaram a Europa. A par destas realidades, ocorreram os movimentos de descolonização dos anos 60, concretizando o direito, solenemente afirmado na Carta das Nações Unidas (artigos 1.º, n.º 2, e 55.º), à autodeterminação dos povos. Desta corrente emancipatória surgiram vários Estados novos os quais, de facto, careciam de condições - económicas e sociais - que lhes possibilitassem afirmar-se como efectivamente independentes. A doutrina da Nova Ordem Económica Internacional traduziu estes desequilíbrios, que abalaram o segundo dogma aliado à noção de soberania: a igualdade dos Estados.

A sensibilização para a substituição da lógica do interesse nacional por uma valorização da perspectiva comunitária, nomeadamente da ideia de solidariedade entre Estados mais ou menos desenvolvidos, leva a que o conceito de soberania mereça uma releitura, mais consentânea com as realidades.

Deve repensar-se a clássica concepção da soberania como um poder ilimitado, que não reconhece superior na ordem interna e não se subordina a qualquer tipo de dependência no plano internacional, cujo berço se encontraria na obra de Bodin, assim como a soberania como um conceito quantitativo - como um conjunto de poderes de que o Estado seria titular - indivisível e inalienável, para afirmar antes o seu carácter qualitativo e divisível, desde que preservado na sua essência⁵⁷⁴.

De acordo com Barbosa de Melo, o fenómeno da integração comunitária - qualquer que seja o aspecto considerado: económico, político, legislativo, jurisdicional, policial,

⁵⁷³ Ver: GOMES, Carla Amado - A Evolução do Conceito de Soberania - Tendências recentes. *In Scientia Iuridica*. Braga: Livraria Cruz. Tomo XLVII: (Julho-Dezembro 1998), p. 185-212, especialmente p. 185 e ss..

⁵⁷⁴ Ver: GOMES, Carla Amado - A Evolução do Conceito de Soberania ..., cit., p. 185-187 e 201-203; também WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**. Tradução Portuguesa de "Le Devenir de l'Europe" por Joana Caspurro. Porto: Ambar, 2002, p. 53 e ss..

militar, etc. - anda ligado, tanto na literatura especializada como na opinião pública, a aplausos e a críticas que, directa ou indirectamente, partem do (ou acabam no) princípio da soberania dos Estados. Uns acham a União Europeia (U.E.) bem-vinda, e são os que pensam que os grandes males da Europa nos últimos séculos, nomeadamente as guerras do século XX, derivam em linha recta da soberania dos Estados. Para quem assim julga, a U.E., na medida em que mina e corrói a soberania, está a livrar os europeus dos muitos flagelos que esta encerra. A "morte da soberania" é, para eles, o penhor da "paz perpétua" na Europa. Outros entendem que a U.E. traz consigo princípios e regras que, aniquilando os Estados-membros, farão nascer no lugar destes um super Estado, onde não haverá lugar para aquelas liberdades e diferenciações histórico-culturais dos europeus, que os seus Estados soberanos ainda acolhem e protegem.

A verdade é que as reflexões jurídicas e políticas sobre a União Europeia (U.E.) acabam todas por esbarrar com o problema da soberania, do seu conteúdo e sentido no âmbito daquela^{575 576}. Assim, com o objectivo de clarificar os dados do problema, mais vale analisar a génese e o significado do conceito de soberania para depois esclarecer melhor a sua articulação com a evolução da integração europeia.

⁵⁷⁵ MELO, Barbosa A. - Soberania e União Europeia. In Temas de Integração. Coimbra: Livraria Almedina. 4.º vol. - 1.º Semestre - n.º 7: (1999), p. 5-27, especialmente p. 5-6.

⁵⁷⁶ Diz Carla Amado Gomes "o efeito vinculante do Direito Comunitário é inegável, quer do Direito originário - Tratado de Roma e todos os tratados que procederam à sua revisão -, quer do Direito derivado. O Direito Comunitário constitui um ordenamento de subordinação, em que regulamentos, directivas e decisões, sempre que gozem de efeito directo, podem ser invocadas pelos cidadãos contra e em vez de normas de Direito nacional, junto dos tribunais nacionais, a fim de verem reconhecidos a seu favor uma inovação em face da tradicional excepionalidade que revestiam as normas self-executing dos tratados internacionais.

Para além do efeito directo, característica fundamental de uma Comunidade de Direito que serve sobretudo as pessoas e não os Estados, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem desde o início da construção comunitária, afirmado a primazia do Direito Comunitário, originário e derivado, sobre as normas dos ordenamentos nacionais, mesmo que de nível constitucional (...) O "caso europeu" é um caso claro de solidarização dos Estados europeus em torno de um projecto político que ultrapassa os esquemas teóricos tradicionais de integração. A soberania tende a diluir-se de forma crescente na proporção das interdependências criadas, à medida da comunitarização de atribuições, cada vez mais vasta e com implicações em domínios cada vez mais sensíveis de identidade dos Estados. A perspectiva de constituição de um Estado federal na Europa, unificando um espaço que guerras de séculos quiseram separar mas no âmbito do qual vigoram uma tradição comum de democracia e de liberdade, inspira o temor dos mais ciosos de uma ideia de independência que, na opinião da autora, faz cada vez menos sentido. Necessário é que, se essa opção for tomada, os povos sejam consultados, em referendo constituinte, pois aí estaremos perante uma alteração radical no modelo de organização política dos Estados e, em última análise, estará em causa a identificabilidade do Estado enquanto projecto histórico temporalmente demarcado" Ver em: A Evolução do Conceito de Soberania ..., cit., p. 206 e ss..

1. Acepções e evolução do conceito de Soberania

O conceito jurídico-político de soberania apresenta duas faces. Na face interna exprime um modo de relacionamento da autoridade suprema e seus titulares com a respectiva comunidade política, com as pessoas que a ela pertencem e as organizações que estas criam.

Na face externa, o conceito denota uma qualidade inerente às relações entre Estados. Agora falar-se-á de soberania do Estado. Soberano é o Estado que não reconhece nem aceita nenhuma autoridade visível colocada fora e acima dele e dotada de legitimidade para lhe dar ordens ou definir limites à sua acção dentro do respectivo território. O princípio da soberania afirma o direito dos Estados à independência e é a geratriz da “sociedade internacional de iguais”, em contínuo desenvolvimento desde o século XVII⁵⁷⁷.

Quanto às acepções do termo, no uso jurídico, não apenas doutrinário e também nos próprios textos constitucionais, ele designa ora uma qualidade do poder, ou seja, a sua “supremacia”, ora a titularidade desse supremo poder ou um poder ilimitado de comando ou, ainda, o feixe de competências que detém um Estado.

É o primeiro sentido o mais antigo. Neste, de acordo com a obra de Jean Bodin, *Les Six Livres de la République*, de 1576, soberano é o poder na república, ou seja, no Estado, elemento que vê como caracterizador deste tipo de organização política. Caracteriza, desta forma, o Estado ser presidido por um poder que não encontra outro mais alto. Isto, nem no plano interno - afirmando-se contra todo e qualquer poder: feudal ou local - nem no plano externo, o Papa, ou o Imperador, para exemplificar com referência ao período medieval, exactamente quando se desenvolveu o conceito.

O segundo, mais recente, reflecte uma figura de linguagem. O titular do poder mais alto no Estado é ele próprio designado como soberano. Foi assim que se veio a falar em soberania monárquica, depois em soberania popular, ou em soberania nacional.

⁵⁷⁷ MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., especialmente p. 6-8; PÉREZ TREMPES, Pablo - *Constitución Española* ..., cit., p. 45; CUNHA, Paulo de Pitta e - **Integração Europeia: Estudos de Economia, Política e Direito Comunitário**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1993. Estudos Gerais - Série Universitária, p. 61; WALKER, Neil - Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union. In BANKOWSKI, Zenon e SCOTT, Andrew (eds.) - “The European Union and Its Order - The Legal Theory of European Integration”. 1.ª ed.. Oxford: Blackwell Publishers, Ltd, 2000, p. 31-65, especialmente p. 31-38.

O terceiro, também exprime a mesma metáfora. O poder de quem está acima de todos é um poder que não está subordinado a qualquer outro. É um poder independente e consequentemente também o é o que a ele preside.

O quarto, é decorrência do anterior, é um poder sem limites, quer formais, quer materiais. Não está sujeito a condicionamentos na sua expressão, nem a prescrições quanto ao conteúdo destes.

Desde Bodin, todavia, já se enumeram as principais destas competências que são no ensinamento daquele Autor: 1) dar e revogar a lei; 2) declarar a guerra e fazer a paz; 3) instituir os principais funcionários; 4) julgar em última instância; 5) conceder graça; 6) emitir a moeda; 7) arrecadar tributos.

Da conjugação desde dois últimos sentidos pode inferir-se um aspecto extremamente importante: não só o Estado soberano possui competência sobre tudo o que lhe interessa, como pode dispor sobre estes interesses de modo ilimitado, a mesma lógica implica reconhecer ao titular do poder, o soberano, um poder sem limites, tanto na extensão, quanto na disposição. Disto resulta um poder absoluto.

Ressalve-se que Bodin jamais entendeu que o poder soberano fosse ilimitado ao ponto do arbítrio. E tal concepção foi a seguir perfilhada, como o é até hoje, por todo um conjunto de pensadores e juristas^{578 579}.

De acordo com Barbosa de Melo, o conceito de soberania *in foro interno* aparece nas construções doutrinárias, jurídicas e políticas, dos finais do século XVI, como arma do combate a favor de uma “centralização territorial do poder”, sentida como necessária no meio de lutas religiosas e políticas particularmente violentas como as que, então, ensanguentaram, designadamente, a França e a Inglaterra. A luta terminou em Inglaterra por colocar a função

⁵⁷⁸ Diz o Professor Pitta e Cunha num artigo, datado de 1963, que a teoria clássica do Direito Internacional que se inspira, em larga medida, nas concepções de Jean Bodin, defendeu a ideia de soberania como poder ilimitado. Mas que é um erro frequente considerar que a noção de soberania como poder absoluto e ilimitado foi apresentada por Jean Bodin. A perversão do conceito de soberania deve-se, segundo aquele Professor, a Thomas Hobbes apologista do absolutismo monárquico, na sua forma extrema. Jean Bodin considerou que o poder soberano é limitado pelo direito divino, pelo direito natural, pelo direito comum a todas as nações e pelas chamadas “*leges imperii*”. Ver: CUNHA, Paulo de Pitta e - **Integração Europeia** ..., cit., p. 60-61.

⁵⁷⁹ Ver: FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira - Implicações Constitucionais da Integração Constitucional e Comunitária. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, Lda.. Vol. XLI - n.º 2: (2000), p. 611-619; também WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**, cit., p. 55 e ss.; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 41 e ss.; TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 191 e ss..

de “cabeça legal” da nação numa assembleia representativa, o Parlamento, ao passo que em França a supremacia foi para o titular da Coroa (Monarca), ali, no plano religioso, a luta travou-se entre a Igreja Anglicana e os dissidentes católicos e protestantes e no plano político entre a Coroa e o Parlamento, aqui, no plano religioso entre os huguenotes e os católicos romanos.

Foi também na idade moderna que o conceito de soberania como atributo do Estado nas suas relações externas surgiu e, ainda, no contexto de guerras - as guerras religiosas, dinásticas e territoriais, englobadas na Guerra dos Trinta Anos - que opuseram a França, a Suécia e os seus aliados, de um lado, à Espanha, aos *Habsburgos* e ao Império Sacro-Romano, do outro. Os Tratados de *Westfália*, Tratado de *Osnabrück* e Tratado de *Münster*, assinados a 24 de Outubro de 1648, puseram fim à subordinação dos reis e príncipes ao Papado e ao Império Sacro-Romano, criando condições para o aparecimento, na Europa, de uma comunidade de Estados autónomos e independentes entre si (comunidade interestadual).

Mas a centralização do poder continuaria a desenvolver-se para além dessas circunstâncias históricas e viria a atingir na Europa Ocidental o seu auge no século XVIII, em particular à sombra de certa interpretação de Rousseau e das doutrinas jacobinas triunfantes na Revolução francesa⁵⁸⁰.

Assim, em termos de posições doutrinárias temos:

A) Jean Bodin (1529-1596) preconizou a instauração de um poder “forte, separado, transcendente” ao corpo político (*respublica*) e encarnado na pessoa do monarca. Desta maneira introduziu na ciência e na filosofia políticas o conceito de soberania, ficando o seu nome para sempre ligado à ideia da “soberania” do Estado⁵⁸¹. É frequente localizar o nascimento do conceito de soberania na obra de Jean Bodin, *Les Six de la Republique*, de 1576. Aí distingue: o soberano está acima das leis particulares do país que governa mas, enquanto membro da comunidade geral de raça humana, está sujeito à lei divina e à lei das nações.

⁵⁸⁰ MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., p. 8-9.

⁵⁸¹ O conceito de soberania já aflorava também no ensino de Francisco Vitória (século XVI), dominicano espanhol, que ficou na História como o fundador da Ciência do Direito Internacional. Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 60; MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., p. 10 e CUNHA, J. da Silva - **História Breve das Ideias Políticas**. Porto: Lello & Irmão - Editores, 1981, p. 189 e ss..

No âmbito deste Direito da comunidade de nações, relevam os atributos da *summa potestas*, que se traduzem no *ius legationis*, no *ius tractuum* e no *ius belli*. Segundo Bodin, a soberania deveria ser independente sob dois aspectos: a independência perante os poderes internos residiria no facto de a regulação jurídica se tornar efectiva sem o consentimento dos súbditos, sobretudo sem a participação dos estamentos. A faculdade de regulação do soberano deveria também ser independente de poderes externos⁵⁸². Definiu-a assim: “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”. O que seja para Bodin um poder absoluto colhe-se deste passo: “O povo ou os senhores de uma República podem dar, pura e simplesmente, o poder (...) a alguém para dispor a seu bel-prazer dos bens, das pessoas e de todo o Estado e de o deixar depois a quem quiser, assim como o proprietário pode dar a coisa pura e simplesmente, sem outra causa senão a sua liberalidade, como numa verdadeira doação, a qual, uma vez perfeita e cumprida, já não admite condições”.

O poder soberano é, além disso, perpétuo porque é “para a vida daquele que o detém, (por oposição aos que) não são senão depositários e guardas deste até que ao povo ou ao príncipe agrade revogá-lo”.

Por outro lado, a soberania não é atributo da comunidade política, do corpo político na sua totalidade, pertence, antes, a uma parte deste corpo, variável consoante os regimes - na monarquia pertence ao príncipe. Este é que é, na construção de Bodin, o titular da soberania: “o monarca está dividido do povo”, “o príncipe soberano não está obrigado a prestar contas senão a Deus”, “o príncipe soberano só deve juramento a Deus”, “o príncipe é a imagem de Deus”.

Em todo o caso, o soberano deve obediência à moral e ao direito natural: Deus está acima do rei e do seu poder supremo sobre os súbditos, pois o rei deve obediência à “lei de Deus e da natureza”. Por isso Bodin é incluído na corrente jusnaturalista. A sua doutrina terá, porém, contribuído para o reforço das concepções absolutistas do poder político. O certo é que, para Bodin, o soberano pode dispensar-se de cumprir a “lei humana” quando ela não coincidir com a “lei natural”. Em relação às leis promulgadas que sejam indiferentes ou irrelevantes para o direito natural vale, pois, o princípio absolutista “*princeps a legibus solutus*”. Além disso, segundo Bodin, o poder político quando originariamente pertença ao

⁵⁸² GOMES, Carla Amado - A Evolução do Conceito de Soberania ..., cit., p. 187-188.

povo (democracia) ou aos senhores (aristocracia) é susceptível de uma alienação pura e simples, definitiva e sem condições, a favor do monarca⁵⁸³.

B) O mais famoso dos teóricos da soberania externa dos Estados é certamente Hugo Grócio (1583-1645) poeta, filósofo, diplomata e jurista, que foi o Autor do primeiro tratado sistemático de Direito Internacional Público - *De Jure Belli ac Pacis* - publicado em 1625, inspirando-se na doutrina de Francisco Vitória e seus discípulos⁵⁸⁴.

Segundo Grócio, potência soberana *summa potestas* é aquela “cujos actos são independentes de qualquer outra potência superior e não podem ser anulados por outra vontade humana”. A soberania para Grócio nada tem a ver com o isolamento ou a autarcia do respectivo grupo humano. Pelo contrário, as potências soberanas não se ignoram umas às outras e entram em contactos de vária ordem, criando entre si uma rede de relações que carecem, naturalmente, de ser disciplinadas e que, perante a falta de uma entidade a elas superior, só o podem ser pela força do direito. É a ideia de uma sociedade necessária regulada pelo direito, natural e positivo. O primeiro é constituído apenas por princípios - “princípios da recta razão que nos levam a reconhecer que uma acção é moralmente honesta ou desonesta, segundo uma natureza razoável ou sociável”; contém, pois, somente “princípios racionais” - como, por exemplo, o que reconhece aos Estados os direitos fundamentais à igualdade, à independência, à conservação, ao respeito e ao comércio internacional. Mas a sociedade internacional, além de princípios, precisa, ainda, de regras, de normas, de “regras construtivas efectivamente aplicáveis às relações internacionais”. Este direito voluntário - resultante da vontade das nações expressa em acordos - deriva a sua força vinculativa do princípio *pacta sunt servanda* (ele mesmo de direito natural). Para Grócio, aliás, o direito voluntário só é válido, em geral, enquanto respeitar as exigências do direito natural⁵⁸⁵.

C) Thomas Hobbes (1588-1679) viveu a guerra civil inglesa que terminaria pela execução de Carlos I e foi, depois, o filósofo oficial dos Stuarts e da monarquia absoluta.

⁵⁸³ MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., p. 9-11; CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 59 e ss.; CUNHA, J. da Silva - **História Breve** ..., cit., p. 214 e ss.; AMARAL, Diogo Freitas do - **História das Ideias Políticas**. I vol.. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 317 e ss.; MARITAIN, Jacques - **L'Europe et L'Idée Fédérale**. Paris: Éditions Mame, 1993, p. 103 e ss.; BORELLA, François - Soberania, Supremacia ..., cit., p. 23-32.

⁵⁸⁴ Ver para mais desenvolvimento: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 177 e ss. e CUNHA, J. da Silva - **História Breve** ..., cit., p. 234 e ss.

⁵⁸⁵ MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., p. 15 e 16.

A sua construção política assenta no axioma basilar segundo o qual a natureza humana anseia incansavelmente pelo poder sob todas e quaisquer das suas formas (riqueza, prestígio, mando). Qualquer indivíduo sofre de “um desejo perpétuo e insaciável de poder e mais poder, que só termina com a morte”. Por isso, qualquer um luta permanentemente com os outros para cumprir esse desígnio natural. Daí que, sem um poder comum que as mantenha em respeito, as pessoas viverão em estado de permanente “guerra de todos contra todos”. O maior problema que o “estado de natureza” (isto é, a situação de ausência da autoridade civil) acarreta é, pois, o de não satisfazer a premente necessidade de segurança de todos, impedindo que façam mal uns aos outros.

O único meio de cada um garantir a sua própria pessoa está em todos conferirem “a totalidade do seu poder e da sua força a um só homem ou a uma só assembleia de homens, que possa reduzir todas as vontades, através da maioria dos votos, a uma única vontade”⁵⁸⁶.

D) John Locke (1632-1704), compatriota de Hobbes e seu contemporâneo, foi um antiabsolutista que procurou construir uma concepção do Estado, em que o poder estivesse sujeito a limites que suprimissem o risco do despotismo e da arbitrariedade. Os seus escritos fundamentais no domínio político foram: “Os dois Tratados do Governo”, abrangendo “Um Ensaio acerca de Certos Falsos Princípios” e “Um Ensaio acerca da Verdadeira Origem, Extensão e fim do Governo Civil”. Para este Autor, poder político é “um direito de fazer leis, com penas de morte e, conseqüentemente, todas as penas menores, para regular e defender a propriedade, e de empregar a força da comunidade na execução de tais leis, e em defesa da comunidade dos ataques externos, e tudo isto para o bem público”⁵⁸⁷. Quanto à origem deste poder entendia que era necessário ter presente o “que são os homens em “estado de natureza” e este é um estado de perfeita liberdade para ordenar as suas acções e dispor dos seus bens e pessoas como querem, nos limites da lei da natureza, sem pedir autorização a ninguém nem depender da vontade de nenhum outro homem”⁵⁸⁸. A ideia de um estado de natureza que teria precedido a sociedade política já encontramos em Hobbes, no entanto, em Locke apresenta-se

⁵⁸⁶ MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., p. 12, para mais desenvolvimento ver: CUNHA, J. da Silva - **História Breve** ..., cit., p. 238 e ss.; AMARAL, Diogo Freitas do - **História das Ideias** ..., cit., p. 351 e ss..

⁵⁸⁷ LOCKE - **An Essay Concerning the True Original Extern and End of Civil Government**. Ver a edição na colecção “Everyman’s Library”. Londres, 1943, p. 118, citado por CUNHA, J. da Silva - **História Breve** ..., cit., p. 247-248.

⁵⁸⁸ Ver em **Ensaio sobre o Governo Civil**. Cap. I, 3.^a ed., p. 118, citado por CUNHA, J. da Silva - **História Breve** ..., cit., p. 250.

com diferentes características, para este Autor seria um estado de perfeita igualdade e liberdade, “tem um Direito de natureza para o governar que obriga cada um e a razão (...) quem o transgredir afirma viver segundo um direito diferente do da razão e da comum equidade, que é a medida que Deus estabeleceu para as acções humanas com o fim da sua mútua segurança e por isso, torna-se perigoso para a espécie humana (...)”. Que razões teriam então levado o homem a abandonar o estado de natureza e a fundar a sociedade política? No estado de natureza cada um seria juiz da sua própria causa e, por isso, poderia ser tentado a não observar a equidade e a favorecer os seus próprios interesses, pondo em perigo a liberdade e a igualdade naturais. Faltavam assim, leis iguais para todos, juízes imparciais e independentes que resolvessem os conflitos de acordo com as leis e uma autoridade capaz de assegurar a execução das decisões dos juízes. Foram estas as causas do aparecimento da sociedade civil, mas que só pôde resultar do mútuo consenso de todos os homens. Assim, a sociedade política é fundada numa decisão livre e por homens livres, o governo absoluto nunca pode ser legítimo. Sem o consentimento do povo, escreveu, “nunca se pode erguer alguma forma nova de governo”⁵⁸⁹. O contrato que dá origem ao Estado, baseia-se, segundo Locke, na liberdade, ideia que já se encontrava em Hobbes mas agora acresce-lhe a ideia de que o consentimento de todos, que está na origem do Estado, deve manter-se como condição da sua conservação. A preocupação de garantir aos homens, na sociedade política parte da liberdade que gozavam no estado de natureza vai exprimir-se na teoria da separação de poderes de que Locke foi um dos primeiros expositores (embora já se encontrassem vestígios em Aristóteles)⁵⁹⁰.

E) Para J.J. Rousseau (1712-1778) a soberania é uma qualidade natural inerente à vontade geral (*volonté générale*) e um atributo do Estado democrático: “O pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus membros e é este mesmo poder que, dirigido por uma vontade geral, traz o nome de soberania”. “A soberania que não é mais que o exercício da vontade geral, nunca pode ser alienada (...)”. “O objecto das leis é sempre geral”, no sentido de a lei considerar “as pessoas em grupo e as acções como abstractas, jamais um homem como indivíduo, nem uma acção particular”; “qualquer função que se refira a um

⁵⁸⁹ Ver em **Ensaio sobre o Governo Civil**. Cap. XVI, 3.^a ed., p. 175, citado por CUNHA, J. da Silva - **História Breve** ..., cit., p. 251-252.

⁵⁹⁰ Ver: CUNHA, J. da Silva - **História Breve** ..., cit., p. 253-254, também AMARAL, Diogo Freitas do - **História das Ideias** ..., cit., p. 15 e ss..

objecto individual não pertence de modo algum ao poder legislativo”. Esta exigência de generalidade e de abstracção nas manifestações da vontade geral é o penhor de um “mínimo de justiça” a realizar através da lei - pelo menos, o soberano, que é a vontade geral, não fará acepção de pessoas e tratará igualmente os casos similares⁵⁹¹.

No ciclo do positivismo jurídico - pré-anunciado por Vattel e levado a extremos nos fins do século XIX pela doutrina da auto-limitação da Escola de *Bonn* (Georg Jellinek, Laband, Bergbohm, etc.) - o conteúdo normativo do princípio da soberania é, a bem dizer, ilimitado. O soberano está a coberto de sujeições a qualquer poder ou direito superiores à sua vontade.

A posição daquele precursor do voluntarismo positivista merece aqui uma breve referência.

F) Vattel (1714-1768), como Grócio, aceita à partida o direito natural como limite à soberania do Estado nas relações externas. É, assim, por este lado, herdeiro das concepções jusnaturalistas anteriores. Mas, por outro lado, na linha da apologia da força e da exaltação do poder do Estado, subjacentes ao pensamento de Hobbes, Vattel reconhece ao Estado o exclusivo da interpretação das exigências do direito natural para cada circunstância. A vida dos Estados em sociedade seria impossível sem a formulação de regras de Direito Internacional claras, precisas e aceitáveis para todos. Assim se forma o “Direito Internacional voluntário” - isto é, um direito mutuamente consentido que, ao contrário do direito voluntário de Grócio, se sobrepõe ao direito natural, acabando por valer como único direito aplicável nas relações internacionais⁵⁹².

O princípio da soberania do Estado nas relações internacionais, desenvolvido ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX, manteve até aos nossos dias, no essencial, o seu conteúdo jurídico-político. No entanto, entre as duas guerras mundiais (1914 e 1939) o princípio sofre

⁵⁹¹ MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., especialmente p. 13 e 14. Para mais desenvolvimento ver: CUNHA, J. da Silva - **História Breve** ..., cit., p. 273 e ss.; AMARAL, Diogo Freitas do - **História das Ideias** ..., cit., p. 45 e ss.; WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**. Tradução Portuguesa de "Le Devenir de l'Europe" por Joana Caspurro. Porto: Ambar, 2002, p. 58 e ss.; CUNHA, Paulo de Pitta e - **Integração Europeia** ..., cit., p. 60; MARITAIN, Jacques - **L'Europe et L'Idée** ..., cit., p. 118 e ss..

⁵⁹² MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., p. 16; ver também MUIR WATT, Horatia - *Droit Naturel et Souveraineté de l'État dans la doctrine de Vattel*. In *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Editions Sirey. Tome 32: (1987), p. 71-83 e BORELLA, François - Soberanía, Supremacia ..., cit., p. 26 e ss..

uma compressão notável - cujo alcance normativo dependerá do entendimento a dar ao princípio segundo o qual os tratados apenas vinculam as Partes (princípio da relatividade). O facto é que o Pacto *Briand-Kellog* (de 27/08/1928) aboliu da ordem jurídica internacional o direito à guerra (*ius ad bellum*), o qual fazia parte do núcleo clássico da soberania: condenou o recurso à guerra como meio de resolução de controvérsias internacionais e o seu uso como instrumento de política internacional, preconizando a solução de quaisquer litígios por meios pacíficos. A Carta das Nações Unidas entende a soberania desta maneira e eleva-a a fundamento da O.N.U. (artigos 1º, n.º 1, 2º, n.º 3, 24º, 33º e ss., etc.). De acordo com o artigo 2º, n.º 6, a Organização “fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas actuem de acordo com esses princípios (...)”, garantindo a Carta, intencional ou normativamente, a sua observância efectiva através da institucionalização de um sistema de segurança colectiva (capítulo VII). A proibição do uso da força, com excepção dos casos de legítima defesa, assume, assim, “alcance jurídico universal”⁵⁹³.

Observa Benvenuti que a estrutura piramidal em que se alicerçava o Estado soberano típico do século XIX, e de princípios do século XX, vai-se esfacelando, o poder não é do Estado, é apenas exercido pelos órgãos por uma questão de unidade e praticabilidade, mas a sua essência emana da colectividade. Se, no plano interno, a soberania irradia da colectividade, deixando de ser monopólio do Estado, por outro lado, no plano externo, a sua contextura sofre modificações cada vez mais sensíveis⁵⁹⁴.

De acordo com Barbosa de Melo, o princípio da soberania estrutura tanto as ordens jurídicas internas como a ordem jurídica internacional e, por consequência, garante a autonomia do corpo político dentro e fora das fronteiras.

Deve notar-se, no entanto, que a soberania a que refere este princípio não é o “poder ilimitado e arbitrário” que o absolutismo, em qualquer das suas variantes e matrizes, nela faz incluir. Com efeito, diz aquele Professor que fora do círculo das teses absolutistas, o Estado soberano não pode dar-se, nem perante os cidadãos nem perante os parceiros da sociedade internacional, como legitimado para tomar decisões fora e acima dos princípios elementares da ética e do direito. “Extremado àquele ponto, o princípio da soberania seria de facto

⁵⁹³ MELO, Barbosa A. - Soberania e União ..., cit., p. 16-17.

⁵⁹⁴ GOMES, Carla Amado - A Evolução do Conceito ..., cit., p. 190-191.

incompatível, na ordem interna, com a ideia de Estado de Direito, e, na ordem externa, com o Direito Internacional e a ideia de sociedade internacional”⁵⁹⁵.

Aliás, no plano jurídico-filosófico e político, os que propõem a eliminação do conceito de soberania ou a sua substituição por outros conceitos (por exemplo, o de “soberania do direito”) fazem-no, sobretudo, em nome da luta contra o arbítrio e os caprichos dos titulares do poder político nas suas actividades internas ou externas ou da luta contra a prepotência dos interesses particularistas sobre as exigências do bem comum. Não pretendem, decerto, anular o núcleo normativo da soberania, isto é, o direito do Estado à independência nas suas relações internacionais e o direito a afirmar na sociedade civil a sua autoridade, exigindo a todos a observância das leis⁵⁹⁶.

Já se impôs, pelo menos no mundo “ocidental”, a tese de que o Estado não pode tudo, está adstrito a respeitar os direitos fundamentais do ser humano, bem como os interesses da sociedade internacional⁵⁹⁷.

De acordo com Pereira Menaut, soberania refere: potência absoluta e perpétua, poder absoluto, inapelável, incontrolável, independente e supremo. Este poder absoluto pode deslocar-se do monarca absoluto para o povo, para um órgão ou mais, ou para o Estado em abstracto, pois sempre é melhor que o poder se institucionalize e não se concentre numa pessoa.

Na União Europeia está a ganhar adeptos o uso da soberania como um tipo especial de competência, a “competência sobre a competência”, ou seja, aquela competência genérica que tem o que pode decidir de quem são as competências em discussão. Confirma-se o conceito correcto de soberania: poder absoluto não vinculado pelas leis num determinado território.

Diz também que por mais globalizado que esteja o mundo, por mais integrada que esteja a União Europeia, sempre terá sentido uma cláusula constitucional que diga que a soberania originária reside no povo ou algo semelhante, ainda que, claro está, isso não implique que nem esse povo ou nação nem o seu Estado estejam em condições de exercer um poder absoluto. A globalização não se produzirá em bloco nem num único cenário total, mas sim por sectores de actividade económicos, comerciais ou médio-ambientais, e por grandes organizações continentais ou subcontinentais como o Mercosul ou a União Europeia⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ MELO, Barbosa A. - Soberania e União..., cit., p. 19.

⁵⁹⁶ MELO, Barbosa A. - Soberania e União..., cit., p. 18 e ss..

⁵⁹⁷ Como diz FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira - Implicações Constitucionais ..., cit., p. 619.

⁵⁹⁸ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Después De La Soberania ..., cit., p. 55-82.

Segundo aquele Professor, em primeiro lugar, temos de admitir que podem coexistir vários níveis de constitucionalidade, várias Constituições, sistemas jurídicos, poderes, governos e tribunais actuando sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas e nem sempre segundo uma clara distribuição de competências; em segundo lugar, os pequenos ou débeis têm de proteger-se, para o que existem várias possibilidades: uma é estabelecer núcleos duros, matérias reservadas ou áreas em que não podem entrar novos poderes centrais e nos quais, ao contrário das típicas cláusulas de supremacia federais, o Direito geral não prima sobre o do Estado-membro. Isto de certo modo ocorre já com os direitos fundamentais e com alguns outros aspectos nucleares da Constituição alemã, que não cedem perante o Direito comunitário⁵⁹⁹. Há também que pactuar a possibilidade de não aderir a todas as possíveis ampliações das competências centrais, deixar portas abertas para retirar-se de algumas das competências gerais da nova União. A perda de independência que, em maior ou menor grau será inevitável, pode compensar-se com uma maior participação na tomada de decisões gerais. Por último: nesta nova paisagem o pacto vai ser mais importante do que o tradicional panorama de Estados soberanos. Estes, dentro dos seus territórios, não tinham nada que pactuar, não se baseavam no contrato, nem na liberdade de negociar e pertencer ou não a eles, mas sim na necessidade e na obrigação (os contratos sociais de Hobbes e de Rousseau, que apesar de serem contratos, não diminuíam o monismo estatista). Nos nossos dias a maneira normal de formar estas grandes organizações supra-estatais será por meio de contratos, pactos ou tratados. Dentro de uma associação gerada por esse procedimento, as consequências que se extraem do carácter pactício sempre beneficiarão os mais débeis⁶⁰⁰.

Uma consequência é que os novos poderes centrais não estarão legitimados para actuar para além do que lhes autorize o pacto, como os seus poderes não serão originários mas sim derivados, não poderão ir mais além do que os termos pactuados.

⁵⁹⁹ Segundo a Lei Fundamental de *Bonn*, os direitos humanos, assim como o federalismo, são núcleos duros, de maneira que nesses pontos essa Constituição não é reformável, por isso tão pouco o Direito Comunitário pode licitamente modificá-la. A respeito da Constituição espanhola também é possível argumentar que contém núcleos duros, ainda que não o diga expressamente. Seriam formados por tudo aquilo que a própria Constituição considera superior ou anterior a si mesma: a unidade de Espanha (artigo 2.º), a autonomia das nacionalidades e regiões (artigo 2.º e disposição transitória 2.ª), os direitos históricos dos territórios forais (disposição adicional 1.ª), a dignidade da pessoa e os seus direitos invioláveis (artigo 10.º, n.º 1). Também a Constituição portuguesa contém esse núcleo duro no artigo 288.º. Para além disso pode argumentar-se que o próprio conceito de constitucionalismo implica algum mínimo inviolável em todo o caso. Ver: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - *Después De La Soberanía ...*, cit., especificamente pé-de-página n.º 44, da p. 75.

⁶⁰⁰ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - *Después De La Soberanía ...*, cit., p. 75-76.

Uma outra consequência é que o pacto gerará uma responsabilidade maior, as instituições de governo surgidas de um pacto são poderes delegados e, como tais, devem ser responsáveis perante os delegantes.

Conclusão: há outros problemas relacionados com estes como manter o devido equilíbrio entre os distintos sistemas jurídicos e constitucionais em jogo (às vezes até três, como no exemplo dos *Länder* alemães), e como articular as competências e resolver os inevitáveis conflitos de uma forma que preserve os direitos das comunidades políticas mais pequenas ou débeis, ainda que se ressinta a eficiência.

É então o conceito de soberania um estorvo nos nossos dias? Na sua acepção própria sim, de acordo com Pereira Menaut.

Mas perante uma das acepções, precisamente a imprópria - titularidade originária do poder, que designa a legitimidade e não a *summa potestas* -, pode ser útil. Uma cláusula constitucional como “a soberania reside no povo”, ou outra semelhante não vai dar a esse povo nenhum poder absoluto efectivo, nem tão pouco relativo, mas pode obrigar os órgãos de governo do novo poder central a actuar conforme a exigência de legitimidade que daí derive. Assim, todos os poderes que se exerçam no território de um Estado deverão ser justificáveis em virtude de alguma aprovação, mesmo que remota e indirecta, do titular da soberania ou dos seus representantes, responsáveis perante o mesmo. Da mesma maneira, as mudanças importantes na “Constituição” da nova organização supra-estatal devem ser aprovadas, nem que indirectamente, pelos titulares da soberania⁶⁰¹. E estes não são os órgãos de governo europeus mas sim os povos dos Estados-membros, “donos dos tratados”.

E se o soberano e “dono” dos tratados das Comunidades Europeias não é o governo das Comunidades mas sim o povo dos Estados-membros, as instituições europeias não serão mais do que delegados dos titulares da soberania e deveriam ser responsáveis, nem que seja indirectamente, perante os mesmos. Esta linha de pensamento volta assim a reforçar a lógica pactícia e contratual. Na prática, os conflitos que se estão a verificar nos nossos dias no seio da União Europeia, quando se fala em soberania, são, em muitos casos, com este enfoque: titularidade sobre matérias discutidas, conflitos com as Constituições dos Estados-membros, extensão dos poderes de Bruxelas, possibilidade de retirar-se, legitimidade das decisões

⁶⁰¹ Diz PEREIRA MENAUT que neste momento nenhuma destas organizações supra-estatais tem uma verdadeira Constituição. A União Europeia tem fragmentos de constitucionalidade, materiais mais do que formais, que já permitem falar de uma “Constituição” da União Europeia por analogia e em sentido material. Os tratados fundacionais seriam o mais aproximado à Constituição formal de um Estado tradicional. Ver: Después De La Soberania ..., cit., especificamente pé-de-página n.º 51, da p. 79.

comunitárias, cada vez é mais raro discutir sobre soberania como poder absoluto e ilimitado, ainda que esse fosse o seu significado genuíno.

Por outro lado, a globalização não é de todo nova. O mundo esteve globalizado sob o Império Romano e depois com a Cristandade medieval. Aquele mundo globalizado foi ao mesmo tempo regionalista e localista. A dinâmica da globalização é diferente da estatal: em vez de monismo, pluralismo; em vez de universalismo *versus* localismo, ambos; e em vez de independência *versus* dependência, interdependência, pois até os mais poderosos necessitam dos demais e não podem impor-se pela força num universo complexo e internamente heterogéneo⁶⁰².

2. Soberania e sociedade internacional

A sociedade internacional continua a ser uma sociedade interestadual, a soberania como característica essencial do Estado sofre, no Direito Internacional contemporâneo, alterações substanciais, não sendo entendida como o foi quando se lançaram as bases do Direito Internacional clássico, com os Tratados de *Westefália*.

A questão que se levanta é a de que, sendo a sociedade internacional uma sociedade de Estados, estes só se consideram membros da mesma quando dotados de soberania. A generalidade dos autores refere-se à soberania como requisito essencial para que os Estados sejam membros da sociedade internacional. Assim, desde os mais antigos como Vattel⁶⁰³, até aos mais modernos como Verdross⁶⁰⁴ que escreveu: “os Estados cuja existência o Direito Internacional Público pressupõe chamam-se Estados independentes ou soberanos” e por “Estado soberano deve entender-se uma comunidade que se governa plenamente a si própria,

⁶⁰² PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Después De La Soberania ..., cit., p. 80-82.

⁶⁰³ VATTEL, Éméric - **Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliquée à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains**, 1820, citado por CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 58.

⁶⁰⁴ VERDROSS, V. - **Derecho Internacional Público** (tradução espanhola da 5.ª ed. de *Volkrecht*, por António TRUYOL Y SERRA), Madrid, 1980, p. 9 e 10, citado por CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 58.

ou seja, como comunidade independente”. Esta orientação encontra-se hoje consagrada no Direito Internacional positivo e na jurisprudência dos tribunais internacionais⁶⁰⁵.

O problema da determinação do fundamento da obrigatoriedade do Direito Internacional resulta da dificuldade em articular a soberania, com a existência de deveres jurídicos que a limitem e que dimanem das normas que regem as relações entre os Estados na sociedade internacional⁶⁰⁶.

Soberania é uma das formas que pode revestir o poder político, caracteriza-se por ser um poder político supremo e independente. O conceito de soberania ilimitada e absoluta que já se esboçava no século XVI (com Jean Bodin) vem a desenvolver-se no século XX, principalmente, sob a influência de filósofos alemães, entre os quais se distinguem Fichte e Hegel.

Sobre a compatibilização dessa soberania com a obrigatoriedade do Direito Internacional existem várias teorias⁶⁰⁷.

Silva Cunha inclina-se para a solução jusnaturalista. Segundo este Professor, da própria natureza humana hão-de deduzir-se princípios em que o direito tem de se fundar, para que a espécie humana possa sobreviver. Estes princípios, que o Homem descobre pela Razão, constituem o Direito Natural, flexível, maleável, capaz de se adaptar, na sua concretização, por intermédio do Direito positivo, aos diferentes tipos de sociedade em que, em cada época histórica, o Homem se integra. Esta maleabilidade tem um limite, o da natureza essencial dos princípios que constituem aquele direito, e que podem reduzir-se, fundamentalmente, aos seguintes: viver honestamente, não prejudicar ninguém, dar a cada um aquilo que lhe pertence. Cabe ao Direito positivo organizar e concretizar os sistemas jurídicos adequados para garantir aqueles princípios, nos diversos sectores de actividade em que se enquadram as relações que ocorrem dentro da sociedade a que esses sistemas se destinam⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 58 e ss..

⁶⁰⁶ De acordo com CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 59.

⁶⁰⁷ Tais como: Doutrina da soberania absoluta - teoria da auto-limitação (esboçada por Ihering e desenvolvida por Jellinek); Doutrina da vontade comum dos Estados (Triepel); Escola histórica (Savigny); Voluntarismo e positivismo; Doutrina normativista (Kelsen); Doutrinas solidaristas (Duguit e Scelle); Doutrinas institucionalistas (Santi-Romano) e Doutrinas jusnaturalistas (Le Fur e Verdross). Cujo desenvolvimento e críticas se podem ver em: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 59 e ss..

⁶⁰⁸ Ver: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 85-87.

Para Ian Brownlie, a soberania e a igualdade dos Estados representam a doutrina constitucional fundamental do direito das nações, a qual rege uma comunidade que se compõe principalmente de Estados dotados de uma personalidade jurídica uniforme. Se o Direito Internacional existe, então a dinâmica da soberania dos Estados pode exprimir-se em termos jurídicos, e, como os Estados são iguais e têm personalidade jurídica, a soberania constitui, em grande parte, a relação com outros Estados (e com as organizações de Estados) definida pelo direito. Os corolários principais da soberania e da igualdade dos Estados são os seguintes: jurisdição *prima facie* exclusiva, sobre um território e sobre a população permanente que nele vive, dever de não ingerência na área de jurisdição exclusiva dos outros Estados, e subordinação às obrigações resultantes do direito consuetudinário e dos tratados concluídos com o consentimento do Estado obrigado. O último destes corolários tem certas aplicações especiais. Assim, a competência dos tribunais internacionais depende do consentimento das Partes, não é obrigatório o Estado ser membro de organizações internacionais, e os poderes dos órgãos de tais organizações para determinarem a sua própria competência, para tomarem decisões por maioria, e para imporem essas decisões, dependem do consentimento dos Estados-membros.

No caso *Winbledon*⁶⁰⁹, o Tribunal Permanente determinou: “O Tribunal recusa-se a ver, na conclusão de qualquer tratado, pelo qual um Estado se compromete a realizar ou abster-se de realizar um acto específico, uma renúncia à sua soberania (...) o direito de assumir compromissos internacionais é um atributo da soberania do Estado.”. Em alguns casos, o Tribunal Internacional de Justiça referiu-se aos direitos soberanos como fundamento para uma interpretação restritiva das obrigações convencionais⁶¹⁰.

Diz Pierre-Marie Martin que a independência e a igualdade são expressão da soberania do Estado. Admite-se, depois de muito tempo, que a soberania equivale à independência⁶¹¹. A assimilação das duas noções é feita sistematicamente em toda jurisprudência internacional. Dito doutra forma, os três elementos constitutivos do Estado que são a população, o território, e o governo seriam noções inertes, sem aquilo que lhes dá vida que é a independência.

⁶⁰⁹ De 1923, in *Permanent Court of International Justice, Reports (PCIJ Reports)*, Série A, n.º 1, p. 25.

⁶¹⁰ BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito Internacional Público**. 4.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 309-310.

⁶¹¹ Numa fórmula tornada célebre da arbitragem da *Ilha de Palmas*, o árbitro Max Huber afirmou: “A soberania nas relações entre Estados significa a independência”. C.P.A. 4 de Abril 1928, in *Recueil des Sentences Arbitrales* publicado pelas Nações Unidas (RSANU), II, p. 838.

Cada Estado deve possuir soberania. A ordem internacional é composta de entidades justapostas, independentes e iguais. Não existe quem lhes seja superior. Não existe nenhuma hierarquia entre Estados. Nos Estados federais é o Estado federal o único que aparece na cena internacional. As entidades federadas são uma simples manifestação da ordem constitucional interna.

Uma consequência importante do princípio da independência é que ninguém pode intervir nos assuntos internos do Estado, a faculdade de assumir compromissos internacionais é precisamente um atributo da soberania do Estado.

O princípio clássico da igualdade soberana dos Estados é lembrado no artigo 2.º, n.º 1.º, da Carta das Nações Unidas, cada um é igualmente soberano qualquer que seja concretamente a sua importância nas relações internacionais.

É certo que o princípio da igualdade responde a preocupações práticas evidentes, as relações internacionais não poderiam desenvolver-se e multiplicar-se se não se afirmasse este princípio que se encarna, também, na regra da não discriminação, mas a realidade é muitas vezes diferente e é impossível negar a existência de desigualdades de facto entre os Estados, que levam a distinções jurídicas que aparecem como excepções⁶¹².

Num sentido estritamente jurídico, a soberania-independência do Estado exprime-se pela subordinação directa e imediata do Estado ao Direito Internacional - o que não acontece, por exemplo, com uma região autónoma ou com um Estado federado -, sublinha-se que a submissão directa ou imediata ao Direito Internacional não compromete em nada a independência do Estado, tal submissão significa apenas que é directamente no Direito

⁶¹² Segundo o artigo 2.º, n.º 1, alínea f), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - adoptada em 23 de Maio de 1969, pela Conferência convocada para o efeito, para a capital da Áustria, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e a que Portugal não aderiu - RESERVA é uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua designação, feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ou a ele adere, pela qual visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a este Estado. Reserva, em sentido rigoroso, é assim um acto unilateral, autorizado ou não na convenção, mas sempre exterior a esta.

A autorização de reserva é a estipulação da convenção destinada a regular os termos em que os Estados participantes, mediante um acto unilateral de reserva, recusarão um *item* da convenção, o admitirão, só em certa medida, ou dentro de certos limites (por exemplo, com referência apenas a uma parte do território do Estado) ou o aceitarão unicamente com determinada interpretação. A DISPOSIÇÃO de APLICAÇÃO - estipulação da convenção, tal como a cláusula de reserva - tem por objectivo permitir que cada Estado interveniente disponha, por acto legislativo subsequente, sobre certas matérias não tratadas na convenção embora conexonadas com as aí reguladas. Estas pressupõem lacunas ao nível da convenção internacional e remetem para a lei interna dos Estados contratantes a sua colmatação. Ver: MARTIN, Pierre-Marie - **Droit International Public**. Paris, Milan e Barcelone: Masson, 1995, p. 46-62. Ver Acórdão do Tribunal Constitucional (1.ª secção) n.º 24/85, de 6 de Fevereiro de 1985, Processo n.º 6/84. Publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 360, p. 35-37.

Internacional que o Estado encontra a origem e o fundamento das competências necessárias à realização, na ordem internacional, dos fins da colectividade estadual⁶¹³.

Segundo Anzilotti, “(...) a noção jurídica de independência não é afectada pela submissão do Estado ao Direito Internacional (...) As limitações da liberdade do Estado, quer elas decorram do Direito Internacional comum quer resultem de compromissos negociados, não prejudicam de modo algum, enquanto tais, a sua independência”.

A função do Direito Internacional consiste precisamente em “integrar (o Estado) na sociedade internacional conferindo-lhe os direitos e submetendo-o às obrigações que encontram a sua fonte nas normas internacionais. O Estado não pode conferir a si próprio tais competências, porque elas interferem com outros Estados independentes”⁶¹⁴.

Assim de uma noção de soberania situada no puro plano do direito, exprimindo uma relação imediata entre o Estado e a ordem jurídica internacional, decorre que enquanto o Estado estiver submetido ao Direito Internacional permanece formalmente soberano.

Note-se, porém, que o Estado não será realmente soberano se não dispuser de um “poder supremo, totalmente independente”: supremo, no sentido de que não está limitado por qualquer outro na ordem interna, independente, na medida em que não está obrigado a submeter-se a regras a que não tenha voluntariamente aderido, em pé de igualdade com outros Estados⁶¹⁵.

A soberania implica, consequentemente, “a ausência de qualquer vínculo de subordinação, tanto em relação a outros Estados como em relação a qualquer organização internacional”.

Mas a soberania do Estado apresenta-se também, se atendermos ao seu conteúdo “material” ou “funcional”, como o poder reconhecido ao Estado, face a outros Estados ou organizações internacionais, de tomar as decisões e empreender as acções que julgue necessárias à realização dos fins da comunidade estatal - desde que o Estado se comporte nos limites das competências que lhe são reconhecidas pelo Direito internacional, isto é, desde

⁶¹³ Ver em: CAMPOS, João Mota de - A União Europeia - Sorvedouro das Soberanias Nacionais? In “Estudos em Homenagem ao Professor Adriano Moreira”. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1995, p. 137-154, especialmente p. 143-144.

⁶¹⁴ Segundo VIRALLY, Michel - Sur un pont aux ânes - in “Mélanges offerts à Henri ROLIN”. Paris: Ed. A. Pédone, 1964, p. 489.

⁶¹⁵ Segundo CAETANO, Marcello - **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1963, p. 108-109, citado por CAMPOS, João Mota de - A União Europeia - Sorvedouro das Soberanias Nacionais? In “Estudos em Homenagem ao Professor Adriano Moreira”. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1995, p. 137-154, especialmente p. 144.

que se mantenha na esfera do seu “domínio reservado”, também chamado domínio de competências exclusivas ou de “competência nacional”.

Em que consiste este “domínio reservado” do Estado?

O artigo 2.º, n.º 7, da Carta da O.N.U. admite-o, mas não o define, porém, a doutrina e a jurisdição internacionais identificam-no como abrangendo aquelas áreas de decisão e de acção em que o Estado, não estando limitado por regras específicas de Direito Internacional, pode lícitamente exercer competências discricionárias. Em princípio é permitido o que não é proibido ⁶¹⁶.

A soberania é, sem dúvida, passível de limitações mas não pode, em contrapartida, ser objecto de transferência definitiva (ainda que limitada) para outros Estados ou organizações internacionais.

De um modo geral, todos os tratados implicam a assunção de obrigações e qualquer obrigação constitui uma limitação da liberdade de agir, uma redução maior ou menor do “domínio reservado” do Estado.

Ao comprometer-se na ordem internacional a adoptar um determinado comportamento, o Estado aceita (*pacta sunt servanda*) uma restrição maior ou menor das competências discricionárias que até aí o Direito Internacional lhe reconhecia.

Tais limitações não afectam, porém, a soberania nacional. O Estado age, ao concluir um tratado, em perfeita igualdade jurídica com outros Estados, age, simultaneamente, como legislador internacional e como destinatário das regras jurídicas em cuja criação participa e a que soberanamente aceita submeter-se.

⁶¹⁶ Já no seu parecer de 7 de Fevereiro de 1923 emitido no caso dos “decretos de atribuição de nacionalidade na Tunísia e Marrocos” o Tribunal Permanente de Justiça Internacional (T.P.J.I.) havia considerado que “saber se determinada medida cabe ou não no domínio exclusivo de um Estado é uma questão perfeitamente relativa, cuja resolução depende do desenvolvimento das relações internacionais” - ver: *in Permanent Court of International Justice Reports (PCIJ Reports)*, Série B, n.º 4, pág. 23-24.

Procedendo a um balanço da evolução do Direito Internacional positivo, da jurisprudência e da doutrina jurídica no que respeita à definição e aos limites do “domínio reservado” do Estado, o Instituto de Direito Internacional aprovou, quando da sua sessão de Aix-en-Provence, a resolução seguinte, baseada no relatório do Professor Charles Rousseau: “o domínio reservado é o das actividades estatais em que a competência do Estado não está vinculada pelo Direito Internacional. A extensão de tal domínio depende do Direito Internacional e varia de acordo com o seu desenvolvimento. A conclusão de um compromisso internacional sobre matéria incluída no domínio reservado exclui a possibilidade, para as partes envolvidas, de opor a excepção de “domínio reservado” a qualquer questão relacionada com a interpretação ou aplicação de tal compromisso”. Ver: *in Annuaire de l’Institut de Droit International (AIDI)*, tomo II: (1954), p. 292. Citado por CAMPOS, João Mota de - A União Europeia - Sorvedouro ..., cit., p. 145.

Esta capacidade do Estado para contrair obrigações internacionais que lhe limitam as competências discricionárias é, precisamente, um atributo da soberania que o Estado exerce ao aceitar livremente obrigar-se na ordem internacional.

Isto é, ao consentir na redução do “domínio reservado” que lhe é reconhecido pelo Direito Internacional, o Estado não corre o risco de subordinar-se a uma vontade alheia, consequentemente, o “princípio fundamental da não ingerência externa” nos negócios do Estado fica inteiramente salvaguardado e a independência nacional totalmente preservada⁶¹⁷.

Mas a situação altera-se radicalmente quando um Estado consente em “transferir para outro Estado ou para uma organização internacional” competências que lhe são próprias e, mais ainda, quando um Estado aceita que “outrem exerça por si, no plano internacional ou mesmo no seu plano interno (isto é, sobre o seu território e eventualmente em relação a si próprio ou aos seus nacionais), as competências a que tenha renunciado”⁶¹⁸.

Essa transferência de competências implicaria, consequentemente, uma iniludível degradação da soberania, atingindo a própria “essência do princípio da independência nacional”⁶¹⁹.

3. A soberania que futuro?

Diz Barbosa de Melo que de acordo com o princípio da soberania, cabe ao Estado a prerrogativa de definir e realizar as tarefas consideradas necessárias ou úteis para garantir a liberdade, a segurança, a justiça e o bem-estar dos seus nacionais, dos residentes no território

⁶¹⁷ Ver: CAMPOS, João Mota de - A União Europeia - Sorvedouro ..., cit., p. 146.

⁶¹⁸ Decidindo sobre a compatibilidade de uma Decisão comunitária com a Constituição, o Conselho Constitucional francês, na sua decisão de 30/12/1976, entendeu que “Se o preâmbulo da Constituição de 1946, confirmado pelo da Constituição de 1958, dispõe que (...) a França consente nas limitações de soberania necessárias à organização e à defesa da paz, nenhuma disposição de natureza constitucional autoriza transferências de toda ou parte da soberania nacional para qualquer organização internacional, qualquer que ela seja”. Ver: CAMPOS, João Mota de - A União Europeia - Sorvedouro ..., cit., p. 146.

⁶¹⁹ CAMPOS, João Mota de - A União Europeia - Sorvedouro ..., cit., especialmente p. 147. Diz ainda o Professor Mota de Campos que “(...) a transferência de competências soberanas do Estado tem como consequência que a entidade que delas beneficia adquire o poder de as exercer em seu lugar e de tomar, contra vontade do Estado, decisões que o vinculam. A transferência de competências estaduais implica pois, inevitavelmente, a renúncia a uma parcela da independência nacional; eis a razão por que é inconciliável com a noção de soberania”. Em CAMPOS, João Mota de - **A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário**. Editora Pax, 1991, p. 86-91.

e, em geral, das pessoas ligadas à sua esfera espaço-temporal de acção. Sobre o Estado soberano recai, por conseguinte, a competência para em primeira mão interpretar, consoante as situações e a oportunidade, as exigências do bem comum, fixando o interesse colectivo primário, através da legislação e consequente "esquematização típica da vida, segundo critérios de justiça distributiva" e através das outras "funções soberanas" a ela subordinadas - para usar a designação da literatura italiana -, isto é, em geral, as funções fundadas, por último, no princípio segundo o qual a salvação do povo é a lei suprema do Estado (*salus populi suprema, lex est*)⁶²⁰.

Na opinião do Professor Mota de Campos, os Estados ao criarem as Comunidades Europeias conferiram-lhes um vasto conjunto de competências que tradicionalmente exprimem e constituem o próprio conteúdo material ou funcional da soberania nacional. Assim, conferiram-lhes "competência legislativa - antes de mais, na medida em que "Autoridade Comunitária" (o Conselho, o Conselho e o Parlamento agindo em sistema de co-decisão, e a Comissão) foi dotada de um poder normativo que lhe permite aprovar leis (os regulamentos comunitários que, uma vez adoptados em Bruxelas na conformidade dos tratados e publicados no "Jornal Oficial", entram simultaneamente em vigor em todo o espaço comunitário, são obrigatoriamente aplicáveis pelos tribunais nacionais [tanto aos próprios Estados-membros como aos seus súbditos] e prevalecem sobre qualquer norma interna [seja qual for a natureza ou o nível hierárquico desta]); competência regulamentar - que autoriza a Comunidade e só ela (através da Comissão e eventualmente do Conselho) a adoptar os regulamentos de aplicação dos actos de carácter legislativo emanados das Instituições; competência administrativa - que habilita a "Autoridade Comunitária" a tomar em relação a qualquer Estado-membro e aos particulares (indivíduos ou empresas) medidas individuais de aplicação dos tratados ou dos regulamentos comunitários; competência jurisdicional - na conformidade da qual a Comunidade pode impor, tanto aos Estados-membros como directamente aos seus cidadãos, o respeito pela regra comum constante dos tratados ou dos actos normativos que nos mesmos tratados encontram o seu fundamento; competência no plano monetário - que confere à Comunidade Europeia a competência para a criação e emissão de uma moeda única, cujo âmbito fixa no âmbito da política monetária que lhe cabe definir e aplicar através de um Banco Central Europeu; competência tributária - que autoriza a Comunidade não só a definir o nível de protecção aduaneira da Comunidade Europeia no seu

⁶²⁰ MELO, Barbosa A. - Soberania e União Europeia ..., cit., p. 5-20.

todo, em relação ao exterior, como a intervir cada vez mais profundamente na definição e aplicação da política fiscal dos Estados-membros; competência no plano internacional - que permite às Comunidades, substituindo-se aos Estados-membros, concluir acordos internacionais e a assumir, em seu nome e em nome dos mesmos Estados, obrigações a que estes ficam irrecusavelmente vinculados. “A Autoridade Comunitária” exerce desta forma, em relação aos Estados-membros e aos seus súbditos, poderes assimiláveis a competências soberanas a cujo exercício os mesmos Estados renunciaram ao aderir às Comunidades. Tal atribuição de competências implica, insofismavelmente, uma limitação da soberania do Estado; terá, porém, determinado uma transferência ou alienação de uma importante parcela da soberania estatal, com a correspondente perda da independência nacional? Terá a soberania nacional sido irremediável e definitivamente ferida no seu cerne?”.

De acordo com aquele Professor, “autonomia, primazia, aplicabilidade directa, garantias de interpretação uniforme e de uniforme apreciação de validade” - tais são as características essenciais da ordem jurídica comunitária que instaurou, no âmbito dos Estados-membros, aquilo que já foi qualificado como um sistema de “federalismo jurídico comunitário” pois que, à semelhança do que acontece numa federação de estados, a existência da regra comunitária exclui a aplicação da norma nacional contrária, submetendo os Estados-membros da União Europeia à observância da regra comum⁶²¹.

Esta subordinação do Estado, a um sistema normativo exterior e superior ao próprio Estado, atingiria os atributos da soberania-independência nacional, já que esta supõe:

- a ausência de qualquer forma de subordinação no plano orgânico;
- a exclusão de qualquer forma de ingerência exterior nos negócios internos do Estado;
- o exclusivismo do exercício das competências que segundo o Direito Internacional integram o “domínio reservado” dos Estados;
- a submissão imediata ao Direito Internacional e só a este; e
- a autonomia constitucional - isto, é, o livre exercício do poder constituinte, incompatível com a sua subordinação a normas de origem exterior ao Estado.

Na actual fase do processo de integração comunitária, a adesão à União Europeia não põe ainda em causa, pelo menos de forma irreversível, o princípio da independência nacional

⁶²¹ CAMPOS, João Mota de - A União Europeia ..., cit., p. 147 e 148.

- na medida em que a atribuição às Instituições comunitárias de determinadas competências do Estado “não constitui uma transferência ou alienação definitiva de uma parcela de soberania nacional, mas uma simples delegação reversível de competências estatais específicas”.

Para aquele Professor, a resposta aquela questão implica a averiguação de qual a natureza jurídica dessa operação de atribuição de competências à Comunidade e, antes de mais, da própria natureza jurídica da União Europeia, de que as Comunidades são o pilar fundamental⁶²².

O que mais avulta nas Comunidades é a extensão das suas competências e o aparelho institucional extremamente elaborado de que dispõem.

As Comunidades emergem de tratados internacionais clássicos, em que os Estados se obrigaram nos termos em que livremente se dispuseram a fazê-lo e nas condições consentidas pelas respectivas Constituições nacionais.

Ora, se as Constituições dos Estados-membros aceitam, implícita ou explicitamente, a possibilidade de limitações de soberania, nenhuma delas consente na renúncia à independência nacional em que uma transferência irrevogável de poderes soberanos necessariamente se traduziria (por exemplo: o Preâmbulo da Constituição francesa de 1958, o artigo 11.º da Constituição italiana de 27/12/1947, os n.ºs 1 e 2 do artigo 24.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949).

O que resulta da generalidade das Constituições nacionais - expressa ou implicitamente - é que a adesão às Comunidades não comporta mais do que uma delegação (a Constituição da Dinamarca alude, expressamente, no artigo 20.º à mera possibilidade de delegação de competências, e a Constituição do Luxemburgo, revista em 1956) ou uma transferência temporária de competências que, por princípio, tem um carácter precário. O tratado mais caracterizadamente supranacional - o que institui a C.E.C.A. - teve aliás a sua vigência limitada a 50 anos⁶²³.

⁶²² CAMPOS, João Mota de - A União Europeia ..., cit., p. 137-154, e **Direito Comunitário: O Direito Institucional**. 8.º ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 555 e ss..

⁶²³ O Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.) foi assinado em Paris, em 18 de Abril de 1951, pela Bélgica, Alemanha, França, Itália, Luxemburgo e Holanda. Concluído por um período de cinquenta anos, em virtude de ter entrado em vigor em 23/07/1952, chegou ao seu termo a 23/07/2002.

Assim, a adesão às Comunidades Europeias não implica uma transferência definitiva e irrevogável de uma parcela de soberania estatal, que - essa sim - poria em causa o princípio da independência nacional.

Mais do que isso, os Estados-membros não estão subordinados às Comunidades no quadro da União Europeia senão na medida em que o consideram de interesse nacional e por isso livremente aceitam manter os vínculos decorrentes dos tratados europeus.

No momento em que o julguem conveniente, os Estados, no seu conjunto, usando de uma competência a que não renunciaram, podem afrouxar ou reforçar esses vínculos, exercendo no quadro comunitário o “poder constituinte” que lhes está reservado moldando, deste modo, a seu bel prazer, o fâcies da Comunidade.

A atitude francesa, em 1965, a decisão britânica (tomada em 1974) de submeter a referendo nacional a questão da permanência do Reino Unido no seio da Comunidade, demonstram que a adesão não é um passo irreversível que prive um Estado do poder último de decidir do seu destino.

Isto significa que na fase actual da integração europeia ainda se não atingiu o *point de non retour* para além do qual um Estado soberano deixa de o ser, assumindo o estatuto de membro de uma organização federal.

Ainda não chegamos aí.

E, enquanto não chegarmos, o princípio da soberania nacional não está verdadeiramente em causa⁶²⁴.

A Constituição Portuguesa proclama solenemente o princípio da independência nacional, que é intangível, o mesmo é dizer, da soberania do Estado. Mas, qual o conteúdo da noção de soberania-independência, vocábulos que alguns Autores têm por juridicamente equivalentes⁶²⁵?

Pergunta Mota de Campos se a preservação da “soberania ou independência nacional” é compatível com a participação de pleno direito na União Europeia⁶²⁶. Ao que responde que após a conclusão do Tratado de Maastricht, na perspectiva da transformação que está a concretizar-se da Comunidade Europeia numa União Europeia, por força de certas disposições do tratado, esta acusa já alguns traços de uma estrutura política mais ambiciosa que configura uma organização de tipo federal de contornos ainda mal definidos. Diz ainda

⁶²⁴ De acordo com CAMPOS, João Mota de - A União Europeia ..., cit., p. 148-154.

⁶²⁵ Por exemplo o Professor Mota de Campos, ver obra citada na nota anterior, p. 142.

⁶²⁶ CAMPOS, João Mota de - A União Europeia ..., cit., p. 137-154.

que, quanto a esta questão, a Constituição Portuguesa, na sua versão de 1976, proclama em termos absolutos e com uma insistência desusada o princípio da “independência nacional”. A Constituição beneficiou, posteriormente, de profundas revisões. Designadamente o artigo 7.º, após sublinhar no n.º 1 que “Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional (...)”, acrescenta no n.º 6 “Portugal pode (...) convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia”, pelo que crê que a disposição é juridicamente incorrecta e particularmente mal formulada. Por um lado e antes de mais, dela resulta que o exercício em comum de poderes soberanos dos Estados apenas poderá ter “em vista a realização da coesão económica e social” - o que à luz dos tratados comunitários a que Portugal aderiu é profundamente inexacto. A par disso, pode legitimamente pôr-se a dúvida sobre se “são exercidos em comum os poderes necessários à construção da União Europeia” quando precisamente um Estado, no seio do único órgão de decisão em que participa, vota contra a forma por que esses poderes são exercidos e fica inelutavelmente vencido na votação - e portanto sujeito ao que, contra sua vontade, tiver sido deliberado pelos seus parceiros. De qualquer modo, não há dúvida de que essa disposição se acha indiscutivelmente subordinada ao princípio da independência nacional - até porque, se estivesse em colisão com ele, teria sido violado, na revisão de que resultou, o artigo 288.º, alínea a), da Constituição, em que se estabelece os limites materiais da revisão.

Como diz Mota de Campos, o Tratado de Maastricht, ao alterar profundamente o Tratado C.E.E., na perspectiva da criação da união económica e monetária, do aprofundamento da política social, da instituição da cidadania europeia e, em geral, do alargamento da intervenção comunitária a novas e importantes áreas de acção, veio expandir consideravelmente a capacidade de intervenção das instituições da União Europeia na ordem interna dos Estados-membros e restringir, consequentemente, os domínios tradicionalmente intangíveis da soberania do Estado. Tal restrição das competências estatais traduziu-se, em muitos casos, segundo aquele Professor, em verdadeira alienação de poderes soberanos, na medida em que os Estados não renunciaram apenas ao exercício dessas competências como atribuíram aos órgãos das Comunidades a competência para agir em lugar deles. Em domínios importantes de intervenção das Comunidades Europeias as decisões são frequentemente tomadas no seio de Instituições em que o Estado não está directamente representado, e mesmo no seio do Conselho, a regra da deliberação por maioria foi notavelmente alargada com o correspondente aumento das possibilidades de um Estado-membro ficar vencido na votação e,

deste modo, se ver inelutavelmente sujeito ao cumprimento de regras a que em vão procurou opor-se, e portanto vergado a uma vontade alheia.

A questão põe-se, por isso, com renovada acuidade: até que ponto é conciliável com o princípio da independência nacional a submissão obrigatória de um Estado a deliberações em que não tenha participado e cuja aplicação implique consequências profundas nos seus domínios económico, social e até político?

Mais singelamente: a salvaguarda da soberania nacional será compatível com a qualidade de Estado-membro da Comunidade Europeia? Na busca de uma noção jurídica operacional, cumpre verificar, antes de mais, que a soberania do Estado não reveste hoje o carácter absoluto que lhe era reconhecido ainda no século XIX quando, segundo concepções então dominantes, nomeadamente na doutrina jurídica alemã sob a influência de Hegel, era definida como a *summa potestas* - poder originário, ilimitado e incondicional do Estado de definir ele próprio, com total autonomia, as matérias e os limites em que a soberania podia manifestar-se ou exercer-se, isto é, o poder “soberano de definir o âmbito da sua própria competência”, a “competência da competência”, na fórmula impressiva de Jellinek.

Muito diversamente, é hoje um facto incontroverso que a soberania externa do Estado (e até, em alguma medida, a própria soberania interna) é limitada pelo Direito Internacional que precisamente define a extensão das competências estatais e as condições do respectivo exercício. E aceita-se que só o poder do Estado que se submete às regras do Direito Internacional pode aspirar às prerrogativas da soberania: o poder estatal que nega o direito e as limitações que o Direito lhe impõe não é soberania nacional - é puro arbítrio. Foi esta evolução que naturalmente favoreceu a assimilação da noção de soberania à independência nacional⁶²⁷.

Mas diz que a formação de instituições supranacionais não se mostra frontalmente incompatível com a soberania nacional, nem afecta a dependência dos Estados em relação ao direito das gentes⁶²⁸.

O poder soberano do Estado exprime-se, na linguagem jurídica internacional, sobretudo anglo-saxónica, através da noção de jurisdição (*lato sensu*), a qual engloba o poder de afectar as pessoas, a propriedade, as circunstâncias e os casos, que vivem ou ocorrem no

⁶²⁷ Ver: CAMPOS, João Mota de - A União Europeia ..., cit., p. 140-143. Sobre a “crise” da noção de soberania pode ver-se: MARTINS, Guilherme D'Oliveira - Europa e Constituição. A Revisão Constitucional de 1992. Algumas Notas. In Estado & Direito. Lisboa: N.º 11: (1.º Semestre de 1993), p. 59-73, especialmente p. 69-71.

⁶²⁸ CUNHA, Paulo de Pitta e - **Integração Europeia** ..., cit., p. 64.

espaço estadual, quer pela acção legislativa, quer pela acção administrativa, quer pela acção jurisdicional. O percurso levado a cabo pelos princípios gerais do Direito Internacional mostra como a integração europeia produz uma diminuição do conteúdo clássico da soberania dos Estados-membros⁶²⁹. Assim: a legislação europeia, na medida em que tiver efeito directo (ver artigo 249.º do T.C.E.), ocupa uma parcela do espaço reservado à legislação interna, comprimindo o âmbito desta função soberana, a jurisdição compulsória atribuída ao Tribunal de Justiça (artigos 226.º e ss., 230.º, 235.º e 237.º do T.C.E.), restringe, do mesmo modo, a soberania jurisdicional dos Estados-membros, por obra do princípio da exclusividade da jurisdição de que goza o Tribunal de Justiça das Comunidades (artigo 292.º do T.C.E.), as mais ou menos amplas competências administrativas conferidas *iure communitario* à Comissão, desde logo com base no artigo 211.º do T.C.E., reduzem a “reserva de administração” que o Direito Internacional garante aos Estados soberanos.

Hoje em dia, a interacção cada vez maior das economias e a simultaneidade das comunicações e das trocas amputa as prerrogativas tradicionais dos Estados. Quando das crises monetárias internacionais que Estado controla por si próprio as suas taxas de câmbio? Na hora de uma ameaça atómica que Estado europeu alimenta ainda a ilusão de assegurar por si próprio a sua defesa? Assim, o que permanece sob a alçada da soberania nacional? Continuar a encarar a questão da soberania, segundo o sentido originário desta noção e os princípios herdados do pensamento jurídico clássico, conduz a uma espécie de impasse. Segundo o jurista alemão Carl Schmidt⁶³⁰, a soberania existe a partir do momento que permite a tomada de decisão numa situação excepcional. Este postulado permite que se afaste a ideia dos que votam o Estado a um desaparecimento imediato. A soberania nacional continua a cobrir certas realidades, embora hoje existam aspectos, como já vimos, em que os Estados renunciaram, pois, parcialmente à sua soberania a favor dos órgãos comunitários instituídos pelos tratados. O Estado-Nação parece destinado a transformar-se. Mas a Constituição portuguesa no seu artigo 7.º, n.º 6, coloca uma barreira que afecta a forma e objectivos do ente

⁶²⁹ Ver: LOPEZ CASTILLO, Antonio - **Constitución e Integración: El Fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en RFA**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 27-31.

⁶³⁰ Sobre a posição deste autor pode ver-se: DAVID, Marcel - A Propos de la souveraineté: Deux relectures de Carl Schmitt. In *Droit Public*. Paris: Librairie Générale e Droit et de Jurisprudence, n.º 3: (Mai-Juin 1999), p. 661-697.

supra-estatal, receptor da cessão de poderes, ao estipular a exigência do respeito pelo princípio da subsidiariedade⁶³¹.

⁶³¹ Sobre esta questão, entre outros, ver por exemplo: PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 109-111; também WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**, cit., especialmente p. 53 e ss., e p. 68-69; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 32 e ss..

CAPÍTULO II

O processo de integração europeia

1. Modelos de organização política

Perante o andamento que a história regista é inevitável a pergunta: onde irá parar este movimento de integração? Uns entendem que a “Europa Nova” será, ainda e sempre, uma “Europa das Pátrias”, respeitadora das identidades nacionais e de um núcleo irredutível das soberanias que aqui se construíram e floresceram na Modernidade, outros querem imaginar essa “terra nova” como a “União Federal da Europa” - um super Estado tido por capaz de oferecer aos europeus uma afirmação digna no “Mundo globalizado” e competitivo, em condições que os coloquem, ombro a ombro, com os Estados Unidos da América. A expressão “União de Estados”, usada pelo Tribunal Constitucional alemão, convida à superação da forma estadual, tendo ao mesmo tempo edificado a sua construção sobre a base dos Estados europeus⁶³².

Hoje, ainda não há respostas unânimes, a polémica mantém-se intensificada a partir do início da década dos anos noventa, em virtude da pretensão de instauração formal da União Europeia.

Uns pretendem encontrar a resposta no esquema confederal ou no modelo federal de organização política, outros recorrem ao modelo de organização internacional.

Neste número iremos fazer referência a algumas figuras de organização política que possam ajudar a entender qual a natureza jurídica das Comunidades. A nossa meta será apenas realçar os aspectos mais característicos destas sem pretender expor uma teoria geral sobre esta matéria.

⁶³² MELO, Barbosa A. - Soberania e União Europeia. In Temas de Integração. Coimbra: Livraria Almedina. 4.º vol. - 1.º Semestre de 1999 - n.º 7: (1999), p. 5-27, especialmente p. 20-26; WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**. Tradução Portuguesa de "Le Devenir de l' Europe" por Joana Caspurro. Porto: Ambar, 2002, p. 69.

1.1. Confederação

Estados independentes podem associar-se para atingir uma finalidade comum, ou um conjunto de objectivos, sem deixarem de ser soberanos. Esta é uma experiência de ontem e de hoje.

Por meio de actos internacionais podem assumir reciprocamente obrigações e adquirir direitos relativamente a uma matéria específica, mais, podem unir-se numa entidade nova, destinada a concretizar interesses comuns. Podem fazê-lo e fazem-no, sem por isso renunciar à sua soberania.

É o caso típico das confederações que se traduzem na constituição de um ente que se sobrepõe aos Estados, nos termos do tratado, no entanto não se impõe a não ser com o acordo de todos aqueles a que dirige as suas decisões. Na verdade, isto obtém-se, na medida em que as decisões confederais importantes dependem de se alcançar uma posição comum entre os membros, por meio da regra da unanimidade. Para além do mais, a igualdade formal dos membros é a regra básica que preside à vida confederal.

A confederação ocupa um lugar intermédio entre o político e o internacional, entre a federação e a organização internacional. Segundo Daniel Elazar⁶³³, é o resultado da união de diversas entidades políticas preexistentes para formar um governo comum com fins estritamente previstos, que geralmente são os assuntos exteriores e a defesa, depende dos seus fundadores e actua através deles.

A criação de uma confederação baseia-se na existência de aspectos comuns entre os seus membros, tais como: aspectos geográficos, políticos, económicos, culturais, etc.. Tem normalmente uma vocação política. A história não fornece muitos exemplos de confederações, algumas foram efémeras, outras perduraram por muito tempo. A maioria veio um dia a desfazer-se, algumas evoluíram para um outro tipo de associação: a federação. Os seus protagonistas são Estados independentes que acordam, entre si, instituir uma estrutura institucional, através de um tratado. Em alguns casos a confederação não possui personalidade jurídica internacional, em outros possui, mas actua como representante dos Estados. Por sua vez, os Estados-membros conservam a sua personalidade jurídica internacional para actuar

⁶³³ ELAZAR, Daniel - **Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements**. Harlow-Essex: Longman, 2.^a ed., 1994, p. xvi.

nos âmbitos alheios ao tratado, em suma, a confederação não monopoliza as relações externas dos Estados-membros.

O tratado só contém direitos e obrigações para os Estados confederados pelo que não se pode falar de uma cidadania confederal. E ao contrário do que acontece com a federação, o direito da confederação não prima sobre o dos Estados-membros. Quanto à execução administrativa dos acordos confederais, são as autoridades estatais que a devem levar a cabo, uma vez que a confederação não possui uma administração própria capaz de actuar de forma imediata sobre os habitantes e o território. Quanto ao aspecto institucional, normalmente, reduz-se a um único órgão principal, órgão esse colegial e denominado como dieta, congresso ou assembleia, existindo normalmente um órgão permanente encarregado dos assuntos administrativos ordinários.

A confederação tem, assim, notas características da sua origem internacional, tais como: a possibilidade de saída dos Estados-membros, isto é, o direito de secessão e o uso da unanimidade como regra de votação no caso de revisão do tratado fundador.

A confederação é uma associação de Estados independentes que dispõe de escassos poderes, trata-se de uma ligação débil que não chega a criar um autêntico governo, acrescentando-se a falta de recursos financeiros próprios. A história oferece alguns exemplos: a Confederação dos Estados Americanos (1781-1787); a Confederação Helvética (1815-1866); a Confederação da Alemanha do Norte (1867-1870) e como associação de tipo semelhante, a Comunidade (já dissolvida) formada pela França e pelos Estados em que se transformaram as suas antigas colónias africanas.

Segundo Elazar, na época pós-moderna assiste-se a um ressurgir da ideia confederal cujas causas são, por um lado, o retrocesso da noção de soberania devido à crescente interdependência entre as nações, por outro, a regressão do mito da Estado-Nação perante a realidade quase universal dos Estados multiétnicos⁶³⁴.

Há quem considere que hoje em dia surgiram novas confederações com maior ou menor êxito, entre elas mencionam a Associação de Estados do Sudeste Asiático (ASEAN)⁶³⁵, o Benelux ou a Comunidade de Estados Independentes (que agrupa as repúblicas ex-soviéticas)⁶³⁶.

⁶³⁴ ELAZAR, Daniel - **Exploración del federalismo**. Barcelona: ed. Hacer, 1990, p. 78-79.

⁶³⁵ Pode ver-se na Parte III, ponto 1., pé-de-página n.º 554, deste trabalho.

⁶³⁶ Neste sentido ver: ELAZAR, Daniel - **Federal Systems** ..., cit., p. 309-336; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea**. Santiago de Compostela: Servicio de

Assim, parece-nos que a confederação não deve ser desprezada como modelo de análise de realidades actuais como a União Europeia⁶³⁷.

1.2. Federação

Um outro modelo possível de organização política é o federalismo que não é um conceito unívoco, pois possui um ampla variedade de significados⁶³⁸. O federalismo apresenta-se, hoje, como um princípio de organização das sociedades e das comunidades políticas que encontra o seu grau máximo de realização nas chamadas Federações, mas que influencia, igualmente, talvez em menor grau, outro tipo de formas de organização política interestadual⁶³⁹. Para que o federalismo se cristalice, é imprescindível a criação de instituições, cujo papel é relevante para o êxito ou fracasso do processo federal. O termo Federação refere-se à organização, à estrutura jurídico-constitucional em que se traduz este processo⁶⁴⁰.

Publicacións e Intercambio Científico Campus Universitario Sur Santiago de Compostela, 2001. Especialmente p. 80; e Miranda, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002. Especialmente p. 191; em sentido diferente CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 413 e ss..

⁶³⁷ Sobre o modelo confederação pode ver-se por exemplo: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 74 e ss.; CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 366 e ss.; Miranda, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 190 e ss.; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira - Implicações Constitucionais da Integração Constitucional e Comunitária. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, Lda.. Vol. XLI - n.º 2: (2000), p. 611-619; WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**, cit., p. 84 e ss.; CARRERAS SERRA, Francesc - Por Una Constitución Europea. In Revista de Estudios Políticos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 90: (1995), p. 192-200, especialmente p. 194; RANGEL, Paulo Castro - Introdução ao Federalismo Contemporâneo. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados. Ano 61: (Abril 2001), p. 789-836, especialmente p. 794-795, e nos vários Manuais de Direito Internacional Público já citados ao longo deste trabalho.

⁶³⁸ Ver: STEWART, William H. - **Concepts of federalism**. Lanham/Nueva York/Londres: University Press of America, 1984, que nesta obra recolhe cerca de quinhentos significados de federalismo; também FORSYTH, Murray - **Schools of Thought of Federalism**. Leicester: University of Leicester, 1966. De acordo com Elazar, o verdadeiro federalismo consiste numa “difusão jurídica do poder entre vários centros por meio de um acordo constitucional, de tal modo que não pode existir um único centro de poder” em ELAZAR, Daniel - **The Federal Polity**. New Brunswick: Transaction Books, 1974, p. 240. Citado por CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 43.

⁶³⁹ Ver: RANGEL, Paulo Castro - Introdução ao Federalismo ..., cit., p. 797. Este Autor diz que: “hoje assiste-se àquilo que se chamou já uma “constitucionalização” das relações estabelecidas entre os Estados signatários de uma gama cada vez maior de acordos internacionais”.

⁶⁴⁰ Ver: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 50.

A estrutura organizatória federal coaduna-se com as mais diversas formas políticas, com a vigência de ideologias antagónicas e com níveis de desenvolvimento económico e global profundamente díspares⁶⁴¹.

Pode dizer-se que o primeiro grande teórico do federalismo foi Altúsio, no fim do século XVI⁶⁴². Embora a criação, durante o século XIII, da liga de defesa dos cantões suíços e, três séculos mais tarde, das Províncias Unidas (União de Utrecht, 1579) representem alguns marcos no percurso histórico da ideia federalista, é sobretudo a Constituição dos Estados Unidos da América (Declaração de Independência de 4 de Julho de 1776) que é considerada como o evento fundador do federalismo moderno⁶⁴³. São por demais conhecidos os exemplos da Confederação Helvética (Suíça) e da República Federal da Alemanha, aos quais acrescem os casos da Áustria, da Bélgica, da Austrália, do Canadá, da Índia e do Brasil, entre outros. De um modo geral, usaremos a expressão para significar a associação de um determinado número de comunidades políticas, mediante acordo, para adoptarem políticas comuns e tomarem decisões conjuntas sobre problemas comuns, mediante a criação de certas instituições políticas, mas preservando, ao mesmo tempo, a sua própria identidade ou autonomia política. Mas o conceito também abrange o processo pelo qual uma comunidade política unitária se converte em várias dentro de um conjunto organizado de maneira federal. Isto porque o federalismo pode ser perfeito ou imperfeito. Perfeito quando consiste na união de várias comunidades, anteriormente separadas, e que se associam num determinado momento

⁶⁴¹ Assim, a organização federal do Estado é compatível com a forma monárquica (Bélgica, Austrália e Canadá) e com a forma republicana de governo (Estados Unidos, Suíça e Áustria), é também compatível, no quadro dos regimes democráticos, com qualquer sistema de governo. Parece ainda compatível com diferentes níveis de desenvolvimento económico e social, basta pensar nos níveis de desenvolvimento de estados como os Estados Unidos, Alemanha e Canadá e os padrões de subdesenvolvimento registados na Índia ou no Brasil. Ver: RANGEL, Paulo Castro - Introdução ao Federalismo ..., cit., p. 798 e ss..

⁶⁴² Na sua obra "Política" (1603-1610) exprime a ideia de uma construção hierárquica do conjunto da comunidade política em que vários níveis de competências permitem distinguir os diversos escalões de comunidades específicas, até chegar a um Estado, resultado de todos os agregados. Ele formaliza, na sua na sua descrição da organização política, a ideia de uma associação permanente das relações hierárquicas e contratuais em que as comunidades intermediárias são chamadas a formarem alianças entre si e a associarem-se mais ou menos formalmente, segundo a sua própria vontade. Ver: WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**, cit., p. 72 e ss..

⁶⁴³ Ainda que com traços distintivos as treze colónias americanas aceitaram unir os seus esforços na luta contra a metrópole britânica e dotaram-se de uma estrutura confederal interestadual. Respeitando a soberania dos Estados aprovaram a sua própria Constituição, a novíssima Confederação americana não atribuiu ao Congresso, durante os anos de guerra, senão uma responsabilidade limitada, no sentido deste se ocupar da gestão dos exércitos, das relações diplomáticas e da subscrição de empréstimos. Assim, a Confederação viu a sua sobrevivência comprometida logo após a vitória, uma vez que se reduzia a uma mera liga de amizade. Então, o dilema era cada um reaver a sua autonomia ou continuar a traçar as grandes linhas de um destino comum. Eram estes, de forma simplista, os termos do dilema quando da Convenção de Filadélfia, que teve lugar de Maio a Setembro de 1787. Ela culminaria no grande compromisso do qual saiu a Constituição americana ainda hoje em vigor. Ver em: WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**, cit., p. 74 e ss..

histórico dando assim origem a uma realidade política nova, que se conhece como Estado federal. Imperfeito quando uma comunidade inicialmente unitária, por razões de conveniência de descentralização, se desagrega em comunidades políticas individualizadas que mantêm entre si laços de intensidade variável⁶⁴⁴. Vamos atender sobretudo à primeira situação uma vez que a União Europeia será produto da união de Estados independentes para a consecução de fins comuns. Tendo em vista estes fins comuns, as comunidades políticas podem estabelecer um simples vínculo através de um acordo internacional, ou criar instituições comuns. Neste caso estas podem ser disciplinadas de acordo com o Direito Internacional Público (organização internacional) ou de acordo com um Direito interno ou político, criando desta forma um novo governo ou instância política (federação).

As forças que podem conduzir ao início de um processo federal podem corresponder à necessidade de defesa comum, dada a insegurança militar, à preservação da independência face a poderes estrangeiros, à possível obtenção de vantagens económicas, à proximidade geográfica ou à similitude de instituições políticas, entre outras. Para além destes factores integradores (ou centrípetos), aparecem os desintegradores (ou centrífugos), como por exemplo: diferenças religiosas ou linguísticas, o que resulta numa tensão constante, pelo que é preciso obter um equilíbrio entre estas forças contrapostas⁶⁴⁵. Hoje, a questão centro-periferia já não é apenas um simples problema da organização interna de cada Estado, mas coloca-se no plano mais amplo da comunidade internacional, com efeito têm-se afirmado, no plano internacional, diversos centros que convertem as unidades estaduais em autênticas “periferias”, por força dos movimentos, já referidos, de integração regional e de globalização ou “constitucionalismo global” à escala universal⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Sobre os dois modos de formação pode ver-se LA PERGOLA, António - **Los nuevos senderos del federalismo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 58-60.

⁶⁴⁵ Sobre este tema pode-se ver, entre outros: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito ...**, cit., p. 370-371; Miranda, Jorge - **Curso de Direito ...**, cit., p. 192 e ss.; SOUSA, Marcelo Rebelo de - **Direito Constitucional I - Apontamentos Policopiados**. Lisboa: Faculdade de Direito, 1979, p. 133 e ss.; CAETANO, Marcello - **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 136 e ss.; MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III, 4.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1998, p. 292 e ss.; CANCELA OUTEDA, Celso, - **El Proceso de Constitucionalización ...**, cit., p. 43 e ss.; LUCAS VERDÚ, Pablo - **Curso de Derecho Político**. 3.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1986; WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**, cit., p. 71 e ss.; CROISAT, Maurice et QUERMONNE, Jean-Louis - **L'Europe et le Fédéralisme - Contribution d'un fédéralisme intergouvernemental**. Paris: Montchrestien, E.J.A., 1999; DELPÉRÉE, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

⁶⁴⁶ Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1352 e ss..

Este modelo é um Estado, se olharmos de fora para dentro, mas é uma associação de Estados, quando se considera a sua estrutura interna. Deste ponto de vista, o Estado federal é uma associação de Estados-membros.

Aplicando-se a este tipo a ideia de soberania, fica claro que o Estado federal é que é soberano, no sentido de ser independente e de deter o poder mais alto no âmbito da organização. É nele e por ele que se exprime o “poder constituinte” da nação. É deste que vem a ordem total - a Constituição do todo, do Estado federal - que, por adoptar a forma federativa, se torna a base das ordens parciais⁶⁴⁷.

1.2.1. O modelo federal: atribuições

As comunidades que desenvolvem um processo federal, ao mesmo tempo que pretendem a união, querem também manter certos âmbitos como próprios, como por exemplo: os Estados mantêm uma Constituição própria, que eles elaboram e que apenas tem de respeitar a Constituição federal⁶⁴⁸, dispõem assim de faculdades autenticamente constituintes, ou seja, são dotados do poder de fazer e alterar a sua Constituição, pelo que a globalidade das matérias de governo se encontra repartida pelos dois níveis de poder, de tal modo que cada um desses níveis toma decisões finais no campo de acção respectivo, têm competência legislativa própria, tribunais e forças de segurança, existindo assim dois escalões de ordens constitucionais, várias sedes de poder legislativo e financeiro e ainda ampla disseminação das formas de descentralização administrativa, sendo que muitas vezes o poder jurisdicional está organizado em razão da estrutura federal do Estado, possuem representação específica numa das Câmaras parlamentares do Estado federal e participam através de representantes próprios na revisão da Constituição federal. No entanto, não podem desvincular-se do Estado federal, cabendo aos tribunais da Federação determinar a conformidade entre as Constituições e leis dos Estados-membros e a Constituição do Estado federal com recurso para o Supremo Tribunal federal. Por outro lado, cabe exclusivamente ao Estado federal manter as relações

⁶⁴⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira - Implicações Constitucionais ..., cit., p. 611-619.

⁶⁴⁸ É o caso do artigo 4.º, § 4.º, da Constituição americana, de acordo com este “Os Estados Unidos garantirão a cada Estado da União a forma republicana de governo”, por força do qual as Constituições dos Estados norte-americanos não podem consagrar a forma monárquica de governo. Esta ausência de liberdade constituinte total evidencia-se também no artigo 28.º, n.º 1, da Lei Fundamental de *Bonn* que impõe aos Estados federados que nas suas Constituições respeitem o princípio do Estado de Direito republicano, democrático e social e que assegurem uma representação popular assente no sufrágio universal, directo, livre, igual e secreto. Para mais desenvolvimento ver: RANGEL, Paulo Castro - Introdução ao Federalismo ..., cit., p. 809-813.

internacionais, bem como definir a política de defesa de toda a Federação, que aparece como Estado único na ordem internacional, cabe-lhe também a definição do sistema monetário, da nacionalidade, do comércio e comunicações entre os Estados-membros e dos meios financeiros para levar a cabo as tarefas federais. Em termos de competências, todos os domínios que não pertençam à União são atribuição dos Estados federados. Só pertencem à Federação os domínios que estão taxativamente enumerados na Constituição federal, e ainda aqueles outros que sejam necessários ou convenientes ao exercício daqueles. A autonomia constituinte dos Estados-membros nunca é absoluta, na medida que só existe com o respeito das condições negativas e positivas estabelecidas na Constituição federal⁶⁴⁹.

Na prática, existem tantos tipos de federalismo quantos os Estados federais existentes, podendo dizer-se que não é possível formular uma “teoria do Estado federal que possa aspirar a ser universalmente válida”⁶⁵⁰.

1.2.2. O modelo federal: modalidades

Caracterizamos a federação com base na ideia de que existe uma dualidade de estruturas políticas independentes, que são as estruturas federais e as federadas, e que corresponde ao federalismo dualista ou anglo-americano. Mas a par deste aparece outra modalidade que é denominada pela doutrina como federalismo cooperativo ou centro-europeu⁶⁵¹. Este implica uma colaboração mais relacional, mais activa e mais efectiva. Traduz a preocupação das colectividades federadas em contribuir para o exercício correcto das atribuições federais, e no sentido inverso, exprime a preocupação do Estado federal em contribuir para o exercício das atribuições federadas. Esta modalidade parte da atribuição, predominantemente, do poder legislativo às autoridades federais e do executivo às federadas.

Pormenorizando melhor estas modalidades podemos acrescentar que no federalismo dualista as autoridades federais e as federadas rivalizam entre si para conservar as suas esferas

⁶⁴⁹ Para mais desenvolvimento sobre estas características pode ver-se: RANGEL, Paulo Castro - Introdução ao Federalismo ..., cit., p. 809 e ss.; também WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie, - **O Futuro da Europa**, cit., p. 76, e CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 58 e ss..

⁶⁵⁰ HÄBERLE, Peter - Problemi Attuali del Federalismo Tedesco. In Federalismo e Regionalismo in Europa. D'ATENA, Antonio (org.). Milão, 1994, p. 126. Citado por RANGEL, Paulo Castro - Introdução ao Federalismo ..., cit., p. 795.

⁶⁵¹ Para mais desenvolvimento sobre o tema tratado neste ponto pode ver-se, entre outros: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 68-74; WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**, cit., p. 91 e ss.; DELPÉRÉE, Francis - **Le Fédéralisme en Europe** ..., cit., p. 53 e ss.; CROISAT, Maurice et QUERMONNE, Jean-Louis - **L'Europe et le Fédéralisme** ..., cit., p. 69 e ss..

de poder, que está dividido, rigidamente, entre aquelas autoridades, o que exclui intromissões recíprocas nas áreas definidas pela Constituição. As autoridades federais actuam, de acordo com as suas competências, sobre todo o território, enquanto as autoridades federadas actuam apenas sobre uma parte. Outra característica é a igualdade entre o poder federal e os federados pois, como diz Wheare, estes poderes “não estão subordinados reciprocamente mas sim coordenados”⁶⁵². A Constituição dos Estados Unidos traduz este modelo federal, de modo que, a ideia dos *checks and balances*, que inspira a separação horizontal de poderes consagrada na Constituição, aplica-se aqui à divisão territorial do poder.

Este modelo foi seguido nos Estados Unidos até aos anos 30, mas quando da grave crise económica de 1929 os governantes aperceberam-se que era necessária uma intervenção federal para resolver os graves problemas económicos e sociais derivados daquela crise e então começou a declinar o dualismo, antes dominante, e começa a desenhar-se o sistema do federalismo cooperativo⁶⁵³.

Em linhas gerais, este modelo consiste no estabelecimento de “uma divisão da tarefa de levar a cabo a política nacional ao conferir a direcção e decisão ao governo federal e deixando aos estados a responsabilidade administrativa”⁶⁵⁴. O funcionamento do federalismo cooperativo assenta na definição de uma parceria entre as entidades federadas e a entidade federal. A parceria diz sobretudo respeito a uma cooperação de tipo vertical, em que decisões de ordem geral são aplicadas pelas instâncias políticas e administrativas das entidades federadas, após terem sido definidas de maneira mais ou menos conjunta ao nível federal. A prática do federalismo cooperativo tende a desenvolver, por um lado, a participação das entidades federadas, mas numa direcção que vai contra a sua própria autonomia, pois estas não controlam a decisão final, e contribui para aumentar, por outro lado, a lista das competências partilhadas nas quais cada nível de governo participa, apesar das distinções que o texto constitucional terá estabelecido a seu respeito. Esta modalidade surge na República Federal da Alemanha, Suíça e Áustria entre outros.

⁶⁵² WHEARE, K. C. - **Las constituciones modernas**. Barcelona: Labor, 1975, 2.ª ed., p. 24. Citado por CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 69.

⁶⁵³ No entanto, é mais correcto afirmar-se que o que se verificou foi uma intensificação da cooperação entre o poder federal e os poderes federados graças ao aumento dos fundos federais a favor dos Estados, a cooperação entre ambos não é propriamente uma inovação, porque na prática sempre existira, uma vez que o modelo dualista levado ao extremo tornaria inviável o funcionamento de qualquer federação. Ver neste sentido CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 71.

⁶⁵⁴ BEER, Samuel H. - The Modernization of American Federalism. In The Federal Polity. ELAZAR, Daniel (ed.). New Brunswick: Transaction Books, 1974, p. 49-95. Citado por CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 71.

Se analisarmos o caso alemão verificamos que as autoridades centrais estão encarregadas das grandes decisões políticas e as estatais da sua execução.

Podemos dizer que há alguns autores que recorrem a este modelo para explicar o modo de actuação da União Europeia, comparando o Conselho das Comunidades com o *Bundesrat* (a Câmara parlamentar que representa os Estados federados) e o trabalho de desenvolvimento e execução que realizam os Estados-membros, com o dos *Länder*.

1.2.3. Confederação e federação: diferenças

É clássica a contraposição entre Confederação de Estados e Estado federal. Recordemos alguns pontos principais: a Confederação baseia-se num tratado que perdura com este carácter; o Estado federal pode ter origem num tratado, mas este uma vez ratificado muda de natureza, torna-se uma Constituição; na Confederação, os Estados-membros continuam soberanos, isto é, independentes, no Estado federal, os membros são autónomos; daí decorre o direito de secessão para os Estados que se encontram vinculados a uma Confederação, direito esse que não existe para os Estados que compõem um Estado federal; os comandos da Confederação não se aplicam no âmbito dos Estados confederados sem a concordância destes, nos Estados federais, as ordens do poder central devem ser cumpridas sem que se coloque a questão da concordância dos Estados federados; a Confederação não possui poder tributário próprio, os recursos provêm dos seus membros, o poder central do Estado federal possui esse poder e assim se aprovisiona a si próprio.

Observe-se, completando o quadro, que não se diferenciam no fundo do modelo confederativo entes como a Sociedade das Nações (S.D.N.) ou a Organização das Nações Unidas (O.N.U.), embora procedam certamente da ambição de instituir um ente político mundial, cujo poder se imporia ao dos Estados soberanos existentes, nem de longe lograram concretizá-la. É livre a adesão ou a secessão, não existe força coerciva nas ordens do seu poder central, órgãos superiores, como o Conselho de Segurança da O.N.U., podem ser paralisados pelo veto de alguma das grandes potências⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Pode ver-se: FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira - Implicações Constitucionais ..., cit., p. 611-619; CANCELA OUTEDA, Celso - *El Proceso de Constitucionalización* ..., cit., p. 66.

1.3. Organização internacional

Após termos analisado as duas formas clássicas de organização política, que são a confederação e a federação, abandonaremos o âmbito de raiz federal para passarmos ao internacional e abordar a organização internacional que ocupará um lugar entre a confederação e aquela situação em que os Estados mantêm relações de cooperação ou de simples coexistência. Com efeito, os Estados podem sentir necessidade de se associarem para alcançarem fins comuns e, como tal, criarem um determinado tipo de organização internacional fundada no chamado princípio da cooperação, o que implica o respeito pleno da soberania dos Estados-membros. No entanto, a doutrina internacional admitiu um novo tipo de organização internacional para abranger as situações em que a associação vai implicar uma perda, ainda que parcial, da soberania estatal, e que são as organizações internacionais de integração, nas quais se institui uma autoridade comum⁶⁵⁶.

O substrato de qualquer organização internacional é o agrupamento de Estados e, eventualmente, de outros sujeitos. O elemento formal é a personalidade jurídica internacional, conferida de forma expressa ou implícita, pelo tratado institutivo. Temos assim como elementos do conceito: agrupamento de sujeitos de Direito Internacional, instituído por tratado, o objectivo de prossecução de determinados fins, uma duração mais ou menos longa, órgãos próprios, dotado de personalidade jurídica internacional, com capacidade correspondente aos seus fins. Estes elementos podem, na prática, ser variáveis de organização para organização.

Na organização internacional clássica, os Estados desejam alcançar objectivos comuns, mas optam por uma fórmula institucional que respeita, plenamente a sua soberania,

⁶⁵⁶ Sobre este tema pode ver-se, entre outros: CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 473 e ss.; Miranda, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 227 e ss.; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 80 e ss.; DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 2001, p. 181 e ss.; QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain - **Droit International Public**. 6.^a ed.. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 573 e ss.; DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Las Organizaciones Internacionales**. 12.^a ed.. Madrid: Tecnos, 2002, p. 37 e ss.; PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.^a ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 427 e ss.; PÉREZ TREMPES, Pablo - El Concepto de Integración Supranacional en la Constitución. In *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 13: (Septiembre-Diciembre 1992), p. 103-126. SALEMA, Margarida e MARTINS, Afonso D'Oliveira - **Direito das Organizações Internacionais**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, p. 60 e ss.; CAUPERS, João - **Direito Internacional Público II**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 11 e ss..

isto é, a organização não pode impor obrigações aos seus membros sem o seu consentimento, não é uma instância política superior aos Estados.

Ricardo Monaco define a organização internacional como “uma união de vários sujeitos de Direito Internacional, constituída sobre uma base paritária, dotada de um ordenamento próprio e de órgãos e instituições próprias, orientada para conseguir, de acordo com o seu acto constitutivo, uma finalidade comum a todos os membros que a compõem”⁶⁵⁷.

Destes elementos e definição pode extrair-se como características: composição interestatal, base jurídica convencional⁶⁵⁸, estrutura orgânica permanente e independente⁶⁵⁹ e autonomia jurídica⁶⁶⁰. Tanto a iniciativa da sua constituição como o seu funcionamento e dissolução dependem da livre vontade dos Estados-membros, que como consequência assumem o protagonismo ao longo de toda a sua vida.

Assim, a sociedade internacional é integrada, basicamente, por Estados entre os quais existem relações de cooperação que se desenvolveram sobretudo a partir da II Grande Guerra. As tentativas de organização efectiva da sociedade internacional começaram a concretizar-se com a criação da Sociedade das Nações e depois dela muitas outras se seguiram. A proliferação das organizações internacionais motivou mudanças na concepção do Direito Internacional Público que hoje, como já vimos, é concebido mais como um direito de cooperação do que como um direito de coexistência⁶⁶¹.

De acordo com a composição interestatal, é possível estabelecer uma primeira classificação das organizações internacionais que distingue entre as organizações universais e as parciais ou regionais. As primeiras estão abertas a qualquer Estado da sociedade internacional, permitem a integração de todos os Estados numa só organização; as segundas inspiram-se não no princípio da inclusão, como as anteriores, mas no princípio da exclusão,

⁶⁵⁷ MONACO, Ricardo - **Lezioni di organizzazione internazionale i diritto delle istituzioni internazionali**. Turim: Giappichelli, 1965, p. 12. Citado por CANCELA OUTEDA - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 83.

⁶⁵⁸ As organizações internacionais devem a sua existência a um acto jurídico prévio e externo fruto de um acordo entre diferentes Estados. Esse acto, geralmente, adopta a forma de tratado multilateral, sendo que a vida da organização será regida pelas suas disposições e pelo Direito Internacional geral.

⁶⁵⁹ Pode-se dizer que, em regra, apesar de possuírem órgãos próprios, as organizações internacionais não actuam directamente sobre os cidadãos dos Estados-membros, mas sim estes é que o fazem. A presença dos órgãos permite que a organização possa formar e manifestar a sua própria vontade.

⁶⁶⁰ Esta traduz-se na atribuição de personalidade jurídica à organização. O conteúdo desta personalidade depende da vontade dos Estados plasmada nas regras de organização contidas no tratado institutivo. A conformação dessa vontade depende da regra da votação, que pode ser a da unanimidade ou da maioria.

⁶⁶¹ Ver: CANCELA OUTEDA - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 82-85; CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 473; Miranda, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 227 e ss..

isto é, só admitem os Estados que preencham certos critérios objectivos como a localização geográfica ou subjectivos, como afinidades políticas, culturais, étnicas, ideológicas ou similitude económica.

Em suma, na sociedade internacional actual as organizações internacionais são actores importantes, no entanto dependem da vontade dos Estados-membros que, do ponto de vista jurídico-internacional, continuam a ser soberanos. Com efeito, ainda que, em regra, as organizações não sejam instituições políticas superiores, mas antes assentem no princípio da cooperação e de respeito pela soberania nacional, a doutrina internacional foi-se abrindo a um novo tipo de organização: as organizações de integração⁶⁶².

1.3.1. As organizações internacionais de integração⁶⁶³

Estas organizações transcendem o imperativo da cooperação a que respondem todas as organizações internacionais uma vez que estabelecem a alienação de certas competências soberanas na busca de uma unidade superior. Distinguem-se das organizações de cooperação pela cessão de competências soberanas, que é realizada pelos Estados integrantes, em princípio em matérias concretas, que são exercidas por meio de órgãos legitimados para actuar directamente sobre os cidadãos. Estas organizações nascem com a intenção de criar uma entidade com poderes próprios para a consecução de objectivos comuns, geralmente económicos ou políticos.

Como principais características deste tipo de organizações temos: em primeiro lugar, a importância das suas competências e o facto de serem funções tradicionalmente e estritamente unidas à soberania estatal, em segundo lugar, a existência de órgãos dotados de certa autonomia política em relação aos Estados-membros, em terceiro lugar, a adopção de medidas por maioria, o que significa que podem vincular os Estados, mesmo os que não estejam de acordo com elas, e em quarto lugar, o efeito directo de algumas medidas sobre os cidadãos dos Estados. Alguns autores⁶⁶⁴ acrescentam, ainda, como características o facto das suas

⁶⁶² Ver: CANCELA OUTEDA - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 91-92.

⁶⁶³ Diz o Professor Jorge Miranda que se afigura mais prudente falar em organizações internacionais de cooperação (que são as mais frequentes) e de integração do que falar em organizações intergovernamentais e supranacionais. Ver: MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito** ..., cit., p. 203, pé-de-página n.º 46.

⁶⁶⁴ Por ex.: SOBRINO HEREDIA José M. - Las organizaciones internacionales: generalidades. In "Las organizaciones internacionales". DIEZ VELASCO, Manuel (dir.). Madrid: Tecnos, 11.ª ed., p. 46-47; e SAÉNZ DE SANTA MARIA, Andrés; PAZ-GONZÁLEZ VEGA, Javier A.; FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo -

funções cobrirem a gama das funções estatais, isto é, realizam tarefas executivas, legislativas e judiciais, e a possibilidade de participar, no seu próprio nome, nas relações internacionais⁶⁶⁵.

2. Qual a natureza das Comunidades?

2.1. Posições doutrinárias⁶⁶⁶

2.1.1. Doutrina alemã

Segundo Fausto de Quadros, um mês após a assinatura do Tratado de Paris, já Schlochauer⁶⁶⁷, na doutrina alemã, fazia notar que a C.E.C.A. (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço) era algo de “completamente novo” e que aquele tratado instituíra a Comunidade “sobre fundamentos de direito interno, não de Direito Internacional”. O Direito Comunitário não era para aquele Autor Direito Internacional nem mesmo Direito Internacional particular, muito diferentemente, ele devia ser visto como uma miscelânea do “Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Económico” dos Estados- membros. Contudo, 12 anos após, o mesmo Autor⁶⁶⁸ alteraria a sua opinião e passaria a qualificar o Direito Comunitário de “Direito supranacional” que sofreria no seu conteúdo a “influência de

Introducción al derecho de la Unión Europea. Madrid: Eurolex, 1999, 2.ª ed., p. 2-4. Citado por CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 93.

⁶⁶⁵ Ver: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 92 e ss..

⁶⁶⁶ Para o tratamento deste tema seguiu-se de perto a obra de: QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991. Pode também ver-se: CAMPOS, João Mota de - **Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional - A Ordem jurídica - O ordenamento Económico da União Europeia**. 1.ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 2000, p. 367 e ss.; CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário: O Direito Institucional**. 8.º ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 555 e ss.; TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993; BOULOIS, Jean - **Le Droit des Communautés Européennes**. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Vol. IV, tome 235: (1992), p. 13-78, especialmente p. 51 e ss.; DAGTOGLOU, Prodomos D. - **A Natureza Jurídica da Comunidade Europeia**. In *Comissão das Comunidades Europeias (org.) - “Trinta Anos de Direito Comunitário”*. Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 35-45.

⁶⁶⁷ Em *Der Übernationale Charakter der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*. In *Juristenzeitung*, 1951, p. 289 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 34.

⁶⁶⁸ Em: *Das Verhältnis des Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der mitgliedstaaten*. In *Archiv des Völkerrechts*, 1963-64, I e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 34.

princípios extraídos das ordens jurídicas internas dos Estados-membros, nomeadamente do Direito Constitucional, Direito Administrativo e do Direito Económico, e continuava a ser visto como distinto tanto do Direito nacional como do Direito Internacional, mas passava agora a ser situado pelo Autor como “um conjunto autónomo de normas” que ficava “perto do Direito Internacional”⁶⁶⁹.

Para Hallstein, a Comunidade Europeia é “um tipo novo” de associação de Estados, cujos órgãos criam uma “ordem jurídica própria”. Essa ordem jurídica constitui “algo de novo por confronto com a tradição do Direito Internacional clássico”⁶⁷⁰. É certo que o Direito Comunitário nasce de tratados internacionais, mas não podemos resumi-lo a um conjunto de tratados, embora também seja errado ver nele apenas uma parte ou apêndice do Direito estadual⁶⁷¹. A este pensamento de Hallstein não são alheias as concepções sustentadas por Ophüls, que tiveram um papel importante nas delegações alemãs que negociaram os três tratados institutivos, e mais recentemente por Bernhardt; para um e para outro, o Direito Comunitário situa-se entre “o Direito Internacional Público e o Direito estadual”, embora para Ophüls a transferência de poderes soberanos pelos Estados-membros em benefício das Comunidades lhes dê “uma imagem semelhante à do Estado” e, consequentemente, as situe “mais próximo do modelo do direito estadual do que da organização internacional de tipo clássico”⁶⁷². Para Bernhart, o Direito Internacional, o Direito interno e o Direito Comunitário não são estanques entre si, possuindo interpenetrações e conexões recíprocas, de qualquer modo, o Direito Comunitário tem as suas “raízes” no Direito Internacional e as Comunidades Europeias não são Estados⁶⁷³.

É outro o entendimento de Scheuner. Para ele, “não convence” a qualificação do Direito Comunitário como algo que se situa entre o Direito Internacional e o Direito interno dos Estados. Por isso classifica o Direito Comunitário de “*internes Gemeinschaftsrecht*”,

⁶⁶⁹ QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 34. Também CAMPOS, João Mota de - **Manual de Direito Comunitário**..., cit., p. 367-369.

⁶⁷⁰ Em: Die EWG-eine Rechtsgemeinschaft. In HALLSTEIN, Walter, “Europäischen Reden”. Estugarda, 1979, p. 341 e ss., e Die Einheit der Europäischen Aktion, cit., p. 489-490. Citados por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 34.

⁶⁷¹ Em La Comunidad Europea: Nuevo Orden Jurídico. In Instrumentos Relativos a la Integración Europea. Washington: Ed. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, 1965, p. 274. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades**..., cit., p. 34.

⁶⁷² Em Zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht - grundfragen des europäischen rechts. In Jurissten-Jahrbuch, 1963-64, epígrafe 142 e ss., e 151 e ss.; B, 142 e ss. e 151 e ss.; BERNHARDT - Das Recht der europäischen gemeinschaften zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht. In Feestschrift Bindschedler, p. 220 e ss. e 239. Citados por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades**..., cit., p. 35.

⁶⁷³ BERNHARDT - Das Recht der europäischen ..., cit, p. 220 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 35.

categoria que foi criada por Alfred Verdross, em 1929, e que ele então traduziu para “*droit interne créé par un organe international*”⁶⁷⁴ e que corresponde modernamente ao conceito de “Direito interno das organizações internacionais”. Para Scheuner, tal como para Verdross, esse “*Gemeinschaftsrecht*” constitui “uma parte” do Direito Internacional, ainda que possa apresentar especialidades⁶⁷⁵. A caracterização do Direito Comunitário como Direito Internacional resulta, para Scheuner, do simples facto de o fundamento das relações intracomunitárias residir nos tratados institutivos das Comunidades, que são vulgares fontes de Direito Internacional. Tirando todas as consequências dessa caracterização do Direito Comunitário, o Autor entende ser absolutamente natural a aplicação, às relações do Direito Comunitário com os Direitos nacionais dos Estados- membros, dos mesmos princípios que presidem às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno⁶⁷⁶.

Para Léotin Constantinesco, o Direito Comunitário é uma ordem jurídica com “marcada autonomia”⁶⁷⁷. Ao estudar com profundidade as suas relações com o Direito interno, chama a atenção para a “especificidade” do Direito Comunitário, essa “nova categoria, híbrida, porque compreende simultaneamente elementos do Direito Internacional e o Direito interno”. Mas a autonomização do Direito Comunitário em relação ao Direito Internacional e ao Direito interno é levada muito mais longe por Badura. Este Autor caracteriza o Direito Comunitário por confronto predominantemente com o Direito Internacional Público. Para ele, todo o Direito Comunitário, “tanto o primário, como o secundário”, não é Direito Internacional nem uma variante do Direito Internacional. Por isso, as regras que disciplinam as relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno, como por exemplo a teoria da transformação, não podem ser aplicadas à ordem jurídica das Comunidades, nem mesmo ao Direito Comunitário primário. Mas Badura não deixa de observar que o Direito Comunitário também não é Direito estadual, ao qual se sobrepõe

⁶⁷⁴ VERDROSS, Alfred - Règles Générales du Droit International de la Paix. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1929-V, p. 275 e ss., especialmente p. 311. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 35.

⁶⁷⁵ SCHEUNER, Ulrich - Die Rechtsetzungsbefugnis Internationaler Gemeinschaften. In *Festschrift Verdross*, 1960, p. 229 e ss., especialmente p. 230, 231 e 235. O acordo entre os dois Autores pára todavia aqui, porque as suas opiniões divergem acerca do conteúdo deste “*internes Gemeinschaftsrecht*”. Ver: SCHEUNER - Die Rechtsetzungsbefugnis ..., cit., p. 230. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 34.

⁶⁷⁶ Ver: SCHEUNER - Die Rechtsetzungsbefugnis ..., cit., p. 235.

⁶⁷⁷ CONSTANTINESCO, Léontin - Die Eigentümlichkeiten des Europäischen Gemeinschaftsrecht. In *Juristische Schulung*, 1965, p. 289 e ss., especialmente p. 290.

hierarquicamente. Ele constitui, pois uma ordem jurídica autónoma, “de natureza especial”, quase - embora ele não utilize a expressão - um Direito *sui generis*⁶⁷⁸.

Já nos inícios da década de sessenta Schwantes, numa dissertação universitária exclusivamente consagrada ao estudo da supranacionalidade, defendia que as Comunidades são “organizações supranacionais” e, como tais, representavam “uma nova categoria de organizações internacionais”. A supranacionalidade consistia numa “nova descoberta do Direito Internacional”, embora com “natureza especial” e com “especificidades”. Daí que o Direito Comunitário, sobre cuja natureza jurídica aquele Autor se debruçou, pareça ser para ele um sector do Direito Internacional Público⁶⁷⁹.

2.1.2. Doutrina francesa

A definição da natureza jurídica do Direito Comunitário só começa praticamente a preocupar a doutrina francesa na década de sessenta. Antes disso encontramos já boas obras sobre a natureza jurídica das Comunidades, mas quase nada sobre a construção do conceito de Direito Comunitário, e designadamente sobre as suas relações quer com o Direito Internacional quer com os Direitos nacionais dos Estados-membros.

Um exemplo paradigmático é oferecido por aquela que foi das primeiras obras a conter um estudo profundo dos aspectos jurídicos e políticos da integração europeia: o livro de Paul Reuter sobre a C.E.C.A.⁶⁸⁰. Embora subordine algumas páginas ao título “O Direito da Comunidade”, Reuter evita ter de o definir, limitando-se a notar que ele engloba princípios e regras de Direito nacional e de Direito Internacional⁶⁸¹. E a própria caracterização da C.E.C.A. é efectuada com o recurso a uma só palavra: “supranacional”, que, para o Autor, agrupa “um conjunto de caracteres” que espelham a “originalidade” daquela Comunidade⁶⁸². Reuter já se pronunciara, porém, um ano antes, perante a Academia de Direito Internacional, pela primeira vez sobre a C.E.C.A.. E então afirmara algo de diferente, pelo menos na

⁶⁷⁸ Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 39.

⁶⁷⁹ SCHWANTES, Klaus - **Die Supranationalität**. Colónia, 1972, p. 208-213. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 41.

⁶⁸⁰ REUTER, Paul - **La Communauté Européenne du Charbon et de l' Acier**. Paris, 1953. Especialmente p. 38 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 41.

⁶⁸¹ REUTER, Paul - **La Communauté Européenne** ..., cit., p. 38 e ss.. Note-se, porém, que o Autor quase não fala em supranacionalidade, substituindo este termo pela referência às autoridades supranacionais da C.E.C.A.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 42.

⁶⁸² REUTER, Paul - **La Communauté Européenne** ..., cit., p. 138 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 42.

aparência: o ordenamento jurídico daquela Comunidade não pertencia ao Direito Internacional mas ao “Direito interno comum aos Estados-membros”. Todavia, as matérias abrangidas pela C.E.C.A. eram “matérias federais”, pelo que, nessa medida, a C.E.C.A. era um “Estado federal parcial”.

Já no prefácio à primeira das obras referidas, Robert Schuman insistia em que nenhuma outra palavra seria capaz de exprimir melhor, do que o adjectivo “supranacional”, a ideia nova que com a C.E.C.A. se pretendia exprimir, distinguindo-a de todas as categorias tradicionalmente admitidas. E, numa frase que ficou célebre, acrescentava que o supranacional se situava “a meio caminho entre, por um lado, o individualismo internacional (...) e, por outro lado, o federalismo dos Estados”, pois a C.E.C.A. “não possui as características de um Estado, mas possui e exerce certos poderes soberanos”.

Mais de dez anos volvidos, Reuter insistia no carácter “misto” do Direito Comunitário, agora obviamente referido a todas as três Comunidades, e definia-o como reunindo elementos tanto do Direito Internacional como do Direito interno, embora prevenisse, desta vez, que “seria muito excessivo (...) situar numa perspectiva federal as relações da Organização com os Estados-membros”. Mas já mais perto de nós, aquele Professor dava mostras de ter entretanto arrepiado caminho, porque no seu Manual de Direito Internacional Público, sem se ocupar expressamente das Comunidades Europeias e do Direito Comunitário, deixa entender que este deve ser estudado dentro do Direito das organizações internacionais, visto por ele como um ramo particular do Direito Internacional⁶⁸³.

Rousseau adere à tese do belga Ganshof Van Der Meersch, de que o Direito Comunitário pertence à categoria jurídica e sociológica do Direito Internacional⁶⁸⁴. É dos muito poucos autores a estudar como fontes do Direito Internacional Público (através da sua inclusão dentro dos “actos normativos” das organizações internacionais, que são considerados “fontes subsidiárias” desse ramo de Direito) os regulamentos das Comunidades Europeias, ainda que chame a atenção para a sua “particularidade”, que parece traduzir-se no facto de eles andarem “a cavalo” sobre o Direito Internacional e sobre o Direito interno⁶⁸⁵. Apesar

⁶⁸³ REUTER, Paul - **Droit International Public**. Paris, 1976, p. 46 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 42.

⁶⁸⁴ ROUSSEAU, Charles - **Droit International Public**. 3 Tomos, 2.^a ed.. Paris: Sirey, 1970-77. Tomo I, p. 447. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 44.

⁶⁸⁵ Note-se, porém, que na obra editada com idêntico título pela Dalloz, e onde o Autor condensa o pensamento exposto na obra citada editada pela Sirey, Rousseau não mantém essa orientação: dentro das fontes de Direito Internacional, mesmo dentro das suas fontes subsidiárias, não há qualquer palavra para os actos das

disso, não integra as Comunidades Europeias nas organizações internacionais, nem mesmo nas organizações regionais, tão pouco nas organizações regionais “posteriores à criação das Nações Unidas”, embora também as não inclua dentro das Confederações de Estados nem dos Estados federais nem das “formações *sui generis*”⁶⁸⁶.

Para Quoc-Dinh, Daillier e Pellet, o Direito Comunitário é Direito Internacional, não sendo necessário para o caracterizar dentro do Direito Internacional construir o conceito especial de “Direito interno das organizações internacionais”, já que este reúne os elementos necessários e suficientes para ser considerado Direito Internacional geral⁶⁸⁷. Uma posição ainda mais avançada do que esta, tem como representante Korowicz, que recusa qualquer peculiaridade ao sistema jurídico das Comunidades, pondo mesmo em causa a própria noção de supranacionalidade, para ele, o Direito Comunitário é puro e simples Direito Internacional⁶⁸⁸.

2.1.3. Doutrina italiana

Todo o esforço de caracterização do sistema jurídico das Comunidades Europeias é dominado em Itália pela circunstância de a sua Constituição adoptar o dualismo nas relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, o que causa embaraços à aplicação do Direito Comunitário na ordem interna italiana. Por isso, os estudiosos do Direito Comunitário canalizam as suas energias sobretudo para a definição das regras que devem presidir às relações entre o Direito Comunitário e o Direito nacional, e para uma questão que é prévia, e que se traduz no esclarecimento da própria natureza jurídica das Comunidades.

Rolando Quadri refere-se à natureza do Direito Comunitário integrada no estudo da “adaptação do Direito interno ao Direito Internacional”. E aí o Direito Comunitário é qualificado de “Direito supranacional”, aproveitando Quadri a oportunidade para recordar que foi ele o primeiro autor a utilizar essa expressão para designar experiências que, em seu

organizações internacionais e, portanto, para os regulamentos comunitários - **Droit International**. Paris: Dalloz, 1979, p. 17 ss. e 86 ss..

⁶⁸⁶ ROUSSEAU, Charles - **Droit International Public** ..., cit., p. 138 e ss., 453 e ss., 653 e ss., 660 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 44.

⁶⁸⁷ QUOC-DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain - **Droit International Public**. Paris, 1980, p. 474-476. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 46.

⁶⁸⁸ Ver: QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 46.

entender, já mereciam o qualificativo de supranacionais mesmo antes de iniciada a integração europeia⁶⁸⁹.

Não anda muito longe desta perspectiva Nicola Catalano que, todavia, aborda esta questão de forma mais desenvolvida. O Direito Comunitário, essa “realidade sob certos aspectos verdadeiramente revolucionária”, é “um novo ramo de Direito, separado e distinto das outras disciplinas jurídicas”, e concretamente, dotado de “autonomia e independência” face não só ao Direito Internacional como também ao Direito nacional, não obstante manter “laços e interferências” com os dois, “talvez mais fortes” com o Direito nacional. Por conseguinte, quanto mais não seja por razões de ordem sistemática, o Direito das Comunidades Europeias deve ser considerado, segundo o Autor, à margem do Direito Internacional e do Direito interno⁶⁹⁰.

Pensa de modo muito diferente Balladore Pallieri, que não hesita na caracterização do Direito Comunitário como Direito Internacional: “A situação de base continua a ser a mesma, há os Estados-membros e as suas relações recíprocas, que são regidas exclusivamente pelo Direito Internacional, e há, como Direito interno, apenas o Direito nacional de cada um dos Estados-membros”. Por isso, aquele Autor não vê grande interesse em qualificar as Comunidades de supranacionais, porque o supranacional perde, segundo ele, autonomia perante o internacional, não obstante algumas novidades que trouxe para o Direito Internacional⁶⁹¹.

Também para Monaco, o Direito Comunitário se reconduz ao Direito Internacional, mas o seu raciocínio é mais flexível do que o de Balladore Pallieri. Monaco abraça a tese da “pluralidade dos sistemas jurídicos” de Santi Romano, o que o leva a considerar, como ponto de partida da sua construção, que o Direito Comunitário é “apenas um dos diferentes sistemas jurídicos que vigoram na sociedade internacional”. Ele possui, todavia, autonomia e características próprias, o que o impede de ser integrado no Direito Internacional geral, não obstante se basear em tratados internacionais. Por isso as próprias Comunidades, que Monaco

⁶⁸⁹ QUADRI, Rolando - **Diritto Internazionale pubblico**. 4.^a ed.. Palermo, 1963, p. 56 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 47.

⁶⁹⁰ CATALANO, Nicola - **Manuale di Diritto delle Comunità Europee**. 2.^a ed.. Milão, 1965, p. 3. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 47.

⁶⁹¹ BALLADORE PALLIERI, Giorgio - **Diritto Internazionale pubblico**. 8.^a ed.. Milão, 1962, p. 588 e ss., especialmente 579-599 e 605-606, ainda *Le Comunità Europee e gli ordinamenti interni degli Stati membri*. In Diritto Internazionale, 1961, p. 3 e ss., e *Les pouvoirs des organisations économiques européennes à l'intérieur des États membres*. In ZaöR V (*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*), 1963, p. 473 e ss., sobretudo p. 484.

adjectiva sempre de “supranacionais” (embora nunca fale, como Quadri, em “Direito supranacional”), têm de ser vistas como uma categoria “particular” ou “especial” entre as organizações internacionais, e o seu Direito como um Direito Internacional especial. Em contrapartida, o Direito Comunitário “não é comparável” com a ordem jurídica estadual, e os dois sistemas jurídicos “contrastam”, porque ao Direito Comunitário falta o *imperium*, “o elemento da soberania”⁶⁹².

2.1.4. Doutrina belga

Na Bélgica, numa das primeiras grandes reuniões científicas dedicadas ao estudo das Comunidades Europeias, no caso concreto à C.E.C.A., o Professor Paul de Visscher sustentava que esta Comunidade quase não apresentava qualquer inovação qualitativa em relação às organizações internacionais clássicas, o que lhe permitia afirmar que a C.E.C.A. se situava “na linha da evolução contínua do Direito Internacional”.

Poucos anos volvidos, encontramos em Waelbroek uma posição muito semelhante. Para este Autor, parece ser decisivo, para definir a natureza jurídica das Comunidades, o facto de os tratados comunitários serem fontes clássicas de Direito Internacional, encontrando-se designadamente sujeitos à teoria geral dos tratados no que concerne à cessação da sua vigência e à sua revisão. Resulta daí que, sem se ignorar que as normas que compõem o sistema jurídico das Comunidades apresentam “certas particularidades técnicas” algumas das quais o aproximam “incontestavelmente do modelo federal”, o Direito Comunitário deva ser

⁶⁹² MONACO, Riccardo - Comunità Sopranazionali nell’ ordinamento internazionale. In Scritti Orlando, tomo II, p. 67 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades ...**, cit., p. 50. Podemos também referir a opinião sustentada por Fausto Pocar sobre esta matéria. Tendo em vista de modo particular a jurisprudência do Tribunal das Comunidades, aquele Autor insurge-se contra o que chama um “equivoco” e um erro “de perspectiva” e “de concepção”, que consiste em se considerar o Direito Comunitário como um direito “novo” e “autónomo” não reconduzível a qualquer das disciplinas jurídicas preexistentes, concretamente nem ao Direito Internacional nem ao Direito interno. Esse erro decorre, segundo o Autor, do facto de se pretender ver na ordem jurídica comunitária um sistema jurídico homogéneo, criando-se à força, para o englobar, um *tertium genus*, que não se confunde nem com o Direito Internacional nem com o Direito interno. Por isso, propõe uma perspectiva diferente. O Direito Comunitário não se traduz num conjunto normativo homogéneo, susceptível de ser reconduzido em globo à ordem jurídica internacional ou ao Direito dos Estados, mas também nem é necessária nem é correcta a sua autonomização face aos dois: basta para tanto que se reconheça que ele consiste num somatório de normas de “natureza diferente” ou “heterogénea” entre si, que pertencem, umas, ao Direito Internacional - as disposições constantes dos tratados institutivos -, e, outras, que “se assemelham ao Direito interno” - as que emanam dos órgãos comunitários e visam disciplinar a estrutura interna e o funcionamento das três Comunidades. Ver em: POCAR, Fausto - **Lezioni di diritto delle Comunità Europee**. 1.^a e 2.^a eds.. Milão, 1973-1979. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades ...**, cit., p. 49-50.

visto como um corpo de normas pertencentes ao Direito Internacional geral. Aquelas diferenças de natureza “técnica” não são suficientes para autonomizar a ordem jurídica comunitária face ao Direito Internacional, a partir do momento em que ela nasce de tratados clássicos de Direito Internacional.

Para Ganshof Van Der Meersch, com as Comunidades Europeias nasce “uma doutrina jurídica nova no Direito Internacional”⁶⁹³. As Comunidades são organizações internacionais e o Direito Comunitário pertence, na opinião daquele Autor, “à categoria jurídica e sociológica do Direito Internacional”. Em 1966, o Autor ainda se deixava seduzir pelas fórmulas que aproximavam o Direito Comunitário do “pré-federalismo”. Mas num Curso dado à Academia de Direito Internacional de Haia, em 1975, reconheceria que a referência nesta matéria ao federalismo ou mesmo apenas ao pré-federalismo exprime “uma orientação política”, mas “não responde à necessária objectividade jurídica”, e contentar-se-ia, por isso, então em qualificar a C.E.E. de “organização internacional regional” ou, utilizando uma fórmula, menos vulgar, “organização internacional de integração”. Isso não impediria, porém, o Autor de conceber a ordem jurídica comunitária, assente na “integração” e na “solidariedade” entre os Estados, como “em larga medida incompatível” com o Direito Internacional, que se socorre do conceito de soberania dos Estados e se estrutura de harmonia com o critério da “cooperação”⁶⁹⁴.

2.1.5. Doutrina luxemburguesa

A posição desta doutrina sobre o tema pode ser bem apreendida através do pensamento de Pierre Pescatore. Na realidade, pela abundância da sua obra e pela sua função de juiz do Tribunal das Comunidades, Pescatore tem marcado acentuadamente a formação da doutrina nesta matéria, mesmo para além das fronteiras do seu pequeno país. No início dos

⁶⁹³ Não longe desta posição temos Mégret que acentua a “especificidade” e a “autonomia” da ordem jurídica das Comunidades Europeias, quer perante o Direito Internacional, quer em relação ao Direito estadual. A tese da sua autonomia perante o Direito Internacional clássico parece estar implícita na caracterização do Tratado de Roma como um tratado diferente dos tratados internacionais clássicos, porque cria “um sistema económico directamente aplicável aos indivíduos”. Também defendem a autonomia do ordenamento jurídico comunitário Vandersanden - (numa obra escrita com Barav) e Étienne Cerexhe. Para Cerexhe, o Direito Comunitário é “autónomo” e “distinto” tanto do Direito Internacional como do Direito estadual. A autonomia, face ao Direito Internacional, decorre do facto de este se fundar essencialmente “na ideia de cooperação”, enquanto que o Direito Comunitário procura “desenvolver um processo de integração”. É esta “finalidade diferente” dos dois sistemas jurídicos que marca a “especificidade” da ordem jurídica das Comunidades Europeias.

⁶⁹⁴ QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 56-59.

anos 70, Pescatore procedia a uma análise comparativa entre o Direito Internacional e o Direito Comunitário. A ideia-chave deste estudo era a de que existe uma “incompatibilidade” entre os dois sistemas jurídicos, resultante do facto de o Direito Internacional se traduzir num “Direito de cooperação entre Estados”, enquanto que o Direito Comunitário deveria ser visto como um “Direito de solidariedade e integração”, a roçar as “fronteiras do federalismo”. Em dois outros estudos publicados no mesmo ano, Pescatore completaria algumas dessas ideias e entendeu possível qualificar as Comunidades Europeias como “organizações de integração”⁶⁹⁵.

Mais tarde, no prefácio ao livro do suíço Jacot-Guillarmod, Pescatore viria a chamar a atenção para a “ambiguidade” das relações entre o Direito Internacional e o Direito Comunitário, as quais criariam, entre os dois, factores tanto de “afinidade” como de “distanciamento”⁶⁹⁶.

2.1.6. Doutrina holandesa

Em 1958, numa obra dedicada, ainda exclusivamente, ao Direito da C.E.C.A., sob a perspectiva das suas fontes, Pierre Mathijsen enunciava três vias admissíveis para a caracterização jurídica daquele Direito: a recondução pura e simples deste ao Direito Internacional, o estabelecimento de uma “analogia com o Direito interno” ou a sua qualificação como “um Direito federal em estado embrionário”. Todavia, aquele Autor, após detectar na ordem jurídica comunitária afinidades, maiores ou menores, com todos esses três possíveis termos de comparação, refugia-se na caracterização da C.E.C.A. como uma Comunidade simplesmente “supranacional”⁶⁹⁷. Decorridos vinte anos, o Autor não vai muito mais longe, fala na “autonomia do sistema jurídico comunitário”, por confronto quer com o Direito Internacional quer com o Direito nacional, e limita-se, no que concerne ao primeiro, a

⁶⁹⁵ PESCATORE, Pierre - International Law and Community Law - a comparative analysis. *In Common Market Law Review*, 1970, p. 167 ss., especialmente p. 169, 170-178, 181-182. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades ...**, cit., p. 64, e CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário: O Direito Institucional ...**, cit., p. 559.

⁶⁹⁶ JACOT-GUILLARMOD, Olivier - **Droit Communautaire et Droit International Public**. Genebra, 1979. Prefácio à obra, XXIII-XXIV. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades ...**, cit., p. 65.

⁶⁹⁷ MATHIJSEN, Petrus - **Le Droit de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier**. Haia, 1958. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades ...**, cit., p. 60.

estudar as características que fazem dos tratados institutivos “mais do que simples tratados, internacionais clássicos”⁶⁹⁸.

Verzijl não se ocupa expressamente do Direito Comunitário. As “assim chamadas comunidades funcionais supranacionais” são por ele estudadas separadamente, como “instituições novas”, dentro das “associações de Estados”, que constituem uma categoria autónoma de sujeitos de Direito Internacional. Fala numa tríplice personalidade jurídica das Comunidades: de Direito interno, de Direito Internacional e de Direito Comunitário⁶⁹⁹. Também merece atenção o pensamento de De Valk. Num estudo dos anos sessenta, o Autor dedica-se à caracterização da ordem jurídica das Comunidades Europeias a partir da distinção entre o Direito Internacional “clássico”, “antigo”, que “pertence ao passado” e que se nos apresentava como um mero Direito Internacional “de coordenação” dos interesses divergentes dos Estados e assentava no “individualismo internacional”, e o Direito Internacional “novo”, “moderno”, que é um Direito Internacional “comunitário”, “supranacional” e “constitucional”, o mesmo é dizer, um “Direito Internacional da integração”. O Direito Comunitário, como ordem jurídica de subordinação, reconduz-se a esse Direito Internacional moderno. Mais, foi a integração europeia que em grande medida criou esse novo Direito Internacional. Aliás, as Comunidades Europeias assinalam, segundo o Autor, o início, a fase primeira da integração a nível mundial, que terá como sua ordem jurídica o Direito Internacional “comunitário” ou “supranacional”⁷⁰⁰.

2.1.7. Doutrina dinamarquesa

É possível destacar na Dinamarca dois estudos onde é focada, embora em termos muito simples, a natureza jurídica das Comunidades Europeias, ainda que não da sua ordem jurídica.

Assim, para Erlíng Bjoel, as Comunidades Europeias são “organizações internacionais supranacionais”. O Autor não se preocupa em fundamentar essa afirmação. O mesmo

⁶⁹⁸ MATHIJSEN, Petrus - **A Guide to European Community Law**. 3.^a ed.. Londres, 1980. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias** ..., cit., p. 60.

⁶⁹⁹ VERZIIL, J. - **International Law in historical perspective**. I e II vols.. Leyden, 1968-1979, p. 283 e ss. e 205-207. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 61.

⁷⁰⁰ DE VALK, W. - **La signification de l'intégration européenne pour le développement du Droit International moderne**. Lcydcn, 1962, p. 15-24, 54 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 62.

acontece quando se consulta as obras daquele que é talvez o nome mais sonante da doutrina juspublicista dinamarquesa: Max Soerensen. Conseguimos apurar apenas que, para este Autor, as Comunidades Europeias são “organizações supranacionais”, baseadas na transferência de poderes soberanos dos Estados-membros para as Comunidades⁷⁰¹.

2.1.8. Doutrina britânica

O interesse pela integração europeia só surgiu com a proximidade da adesão do Reino Unido às Comunidades, como tal encontram-se, já na década de sessenta, obras de Direito Internacional que deixam totalmente no esquecimento a questão comunitária.

Assim, para O'Connell, o Direito Comunitário não conta. E a natureza das Comunidades Europeias merece na sua obra apenas uma referência de passagem, para a C.E.E. ser qualificada, naquela data, dentro das organizações internacionais, como “união económica”, com a particularidade de “tender para uma política federal”⁷⁰². Também não se afasta desta orientação por exemplo Brownlie, que também se esquece de caracterizar o Direito Comunitário e se limita a definir a C.E.E. como “organização internacional com um esbatido elemento federal”⁷⁰³. Akehurst situa as Comunidades Europeias dentro das “organizações regionais”⁷⁰⁴. Lasok e Bridge sustentam que a C.E.E. está sujeita ao Direito das Organizações Internacionais, que é um mero “derivado do Direito Internacional” apesar de ela “à luz do tratado de Roma” se enquadrar “melhor numa forma federal do que confederal”, mesmo sendo “claro” que “não é um Estado”⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ SOERENSEN, Max - *Berührungspunkte zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Recht der Europäischen Gemeinschaften*. In *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1978, p. 33 ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 66.

⁷⁰² O'CONNELL, Daniel - **International Law**. 2 vols., 2.^a ed.. Londres, 1970, p. 94 e ss., e 294-295. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 52.

⁷⁰³ BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito Internacional Público**. 4.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução de **Principles of Public International Law**, p. 78-80.

⁷⁰⁴ AKEHURST, Michael - **Introdução ao Direito Internacional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 14 e ss., e 74.

⁷⁰⁵ Para Lasok e Bridge o Direito Comunitário “desafia as classificações aceites de Direito”, porque “é simultaneamente Direito Internacional e estadual, Direito público e privado”. Por conseguinte, “constitui um Direito *sui generis* e tem de ser tratado como tal. Não tem dois ramos mas possui duas dimensões”, ou seja, resulta de um somatório de dois grupos distintos de normas: por um lado, normas de Direito Internacional, que têm por objecto os tratados comunitários e as relações entre os órgãos comunitários, e que provêm daqueles tratados e seus anexos; por outro lado, normas de Direito interno dos Estados-membros, “que estes estão obrigados a criar no cumprimento das suas obrigações” e que, portanto, têm como fonte os órgãos nacionais. LASOK, D. e BRIDGE, J. W. - **An Introduction to the Law and Institutions of the European Communities**.

Por sua vez Schwarzenberger parte para o estudo dos aspectos jurídico-políticos das Comunidades Europeias, da sua caracterização como um “contraponto funcional (*functional counterpart*) do federalismo político”. As Comunidades Europeias são, assim, a expressão do “supranacionalismo ou federalismo funcional”, expressões que o Autor repetidamente emprega como sinónimas⁷⁰⁶. O Direito Comunitário é definido pelo Autor como “na sua substância, um ramo sofisticado do Direito Económico Internacional”⁷⁰⁷. A passagem de uma confederação para uma federação representa para aquele Professor a “transformação das relações de Direito Internacional em relações de Direito interno”, com a consequente “assimilação” do Direito Internacional pelo Direito estadual. Daí que, como fenómeno da integração comunitária “o Direito Internacional tenda a aproximar-se o Direito interno”, o que encontra eco na classificação das “organizações supranacionais” como “organizações híbridas”⁷⁰⁸.

2.1.9. Doutrina irlandesa

Por sua vez, a Irlanda não possui ainda uma vasta e evoluída doutrina de Direito Comunitário. No entanto, dos poucos estudos que existem neste domínio, ressalta a existência de fortes afinidades com a doutrina britânica, se é certo que a Irlanda não é uma Monarquia, e portanto, não enfrenta os mesmos problemas que o Reino Unido no domínio das relações entre o Direito Comunitário e o Direito estadual, e que atrás expusemos, o seu sistema jurídico é, porém, o do *Common Law*, derivado do sistema inglês, embora, ao contrário deste, assente numa Constituição escrita⁷⁰⁹. Com interesse para esta questão pouco mais há do que o pensamento de Temple Lang, expresso aliás em algumas obras, e que qualifica as

2.^a ed.. Londres, 1976, p. 22 e ss. e 40 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 54.

⁷⁰⁶ SCHWARZENBERGER, Georg e BROWN, E. D. - **Power Politics**. 3.^a ed.. Londres, 1964, p. 80-81 e 441-442. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 55.

⁷⁰⁷ SCHWARZENBERGER, Georg e BROWN, E. D. - **The dynamics of International Law**. Londres, 1976, p. 93 e ss. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 55.

⁷⁰⁸ SCHWARZENBERGER, Georg e BROWN, E. D. - **The Frontiers of International Law**. Londres, 1962, p. 206-207 e 312; e **A Manual of International Law**. 6.^a ed.. Londres, 1976, p. 261 e ss., e 288 e ss.. Citados por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 55.

⁷⁰⁹ TEMPLE LANG, John - **Application of the Law of the European Communities in the Republic of Ireland**. Colónia, 1972, p. 47 e CONSTANTINESCO, Léontin - **Das Recht der Europäischen Gemeinschaften**. T. I. Baden-Baden, 1977, p. 786. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 66-67.

Comunidades Europeias de “manifestações do supranacionalismo”, cuja especificidade residiria na transferência de poderes soberanos dos Estados para as Comunidades⁷¹⁰.

2.1.10. Doutrina grega

Também na doutrina grega não existem muitas obras dedicadas às questões jurídicas da integração europeia. Sobre a caracterização do Direito Comunitário, Erades defende que “cada uma das Comunidades possui a sua própria ordem jurídica, que se distingue tanto da ordem jurídica internacional como dos Direitos nacionais” dos Estados-membros. No que concerne ao Direito Internacional, se é certo que os tratados comunitários não se distinguem “substancialmente” dos outros tratados internacionais, inclusive na sua relevância na ordem interna de muitos dos Estados-membros, não se pode esquecer, diz o Autor, que os actos emanados dos órgãos comunitários e que possuem “natureza legislativa” ou “administrativa” são dotados de “efeito directo” nas ordens jurídicas nacionais, o que os separa do Direito Internacional⁷¹¹.

2.1.11. Doutrina espanhola

Em Espanha, a problemática jurídico-política das Comunidades Europeias há muito tempo que preocupa a doutrina.

Num livro integralmente dedicado à integração europeia, Truyol y Serra não se pronuncia sobre a natureza da ordem jurídica das Comunidades, no entanto, estas aparecem caracterizadas como sendo governadas por órgãos comuns “de carácter federal”. O Autor explica esta ideia, dizendo que existe uma “superioridade” do Direito Comunitário sobre a ordem jurídica interna de cada Estado-membro “à maneira do que sucede no Estado federal”, onde o Direito federal prima sobre o Direito dos Estados da Federação⁷¹².

⁷¹⁰ TEMPLE LANG, John - Legal and Constitutional Implications of the Adhesion of Ireland to the EEC Treaty. In *Common Market Law Review*, 1972, p. 167 ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 67.

⁷¹¹ ERADES, L.- International Law, European Community Law and Municipal Law of Member States. In *The International and Comparative Law Quarterly*, 1966, p. 117 ss., especialmente p. 118 e ss. e 127-132. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 67.

⁷¹² TRUYOL Y SERRA, António - **La integración europea**. Madrid, 1972, p. 39-40. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 70.

Para Manuel Medina, as Comunidades Europeias são “apenas organizações internacionais” de natureza “intergovernamental”, compostas por “Estados independentes e soberanos”, “salvo nos sectores onde se produziram transferências expressas de faculdades soberanas”. Apresentam-se, porém, como organizações internacionais “especiais”, resultando essa especialidade da supranacionalidade, que se traduz na característica que as distingue em relação às organizações internacionais clássicas⁷¹³. Mais recentemente, o mesmo Autor afirmaria que as Comunidades se traduzem num “novo tipo de organização internacional”, que deve ser qualificado de “supranacional”, porque elas têm a faculdade de emanar normas gerais e decisões particulares obrigatórias para os súbditos dos Estados-membros⁷¹⁴.

Já Díez de Velasco qualifica as Comunidades Europeias de organizações internacionais de âmbito regional com “características especiais”⁷¹⁵.

Miaja de La Muela qualifica as Comunidades Europeias como “supranacionais”, configurando uma “solução intermédia”, um “*tertium genus*” entre o Estado federal e as organizações internacionais, e apresentando-se como expressão do “federalismo funcional, por integração, ou supranacional”⁷¹⁶.

2.1.12. Doutrina portuguesa

A problemática jurídico-política das Comunidades Europeias tem despertado a atenção da doutrina nacional de Direito Público. Assim, André Gonçalves Pereira recusa às Comunidades quer a natureza federal, quer a qualificação como entidades *sui generis*, situadas entre as organizações internacionais e os Estados, designadamente os Estados federais, para as integrar dentro de um conceito amplo de organizações internacionais. Em consequência disso, as Comunidades Europeias são, para aquele Autor, objecto de estudo em

⁷¹³ MEDINA, Manuel - **La Comunidad Europea y sus principios constitucionales**, Madrid, 1975, p. 80 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 70.

⁷¹⁴ MEDINA, Manuel - **Las organizaciones internacionales**. 2.^a ed.. Madrid, 1979. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 70.

⁷¹⁵ DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. II tomo. Madrid, 1973-1977, p. 31 e ss., 245 e ss., 294 e ss. e 333-335. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., especialmente p. 71.

⁷¹⁶ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo - **Introducción al Derecho Internacional Público**. 7.^a ed.. Madrid, 1979, p. 212 e 643-644. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 71; e PÉREZ TREMPs, Pablo - El Concepto de Integración Supranacional en la Constitución. In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 13: (Septiembre-Diciembre 1992), p. 103-126.

sede de organizações internacionais, como sujeitos de Direito Internacional, dentro das quais são caracterizadas como “organizações supranacionais”⁷¹⁷.

Armando Marques Guedes refere-se à C.E.E., na época, dentro do estudo das organizações internacionais. Parece que podemos concluir daí que, para o Autor, pelo menos aquela Comunidade é uma organização internacional⁷¹⁸.

É diferente o ponto de vista de Paulo Pitta e Cunha, numa sua obra as “comunidades supranacionais” são por ele definidas como “elementos de transição dos sistemas de cooperação intergovernamental para o federalismo”. Assim, elas “não são simples organizações internacionais, nem verdadeiros Estados”, constituindo antes “uma forma híbrida”⁷¹⁹.

J. da Silva Cunha, na sua obra, também aborda a questão da natureza jurídica das Comunidades Europeias. Quanto às organizações internacionais, fala em internacionalismo e supranacionalismo, universalismo e parcialismo e integra-as nas “organizações parciais ou regionais”, definindo-as como “organizações supranacionais”⁷²⁰.

Certos autores, fazendo uma leitura federalista dos Tratados de Paris e de Roma e procurando definir as Comunidades à luz das categorias tradicionais, não hesitaram em assimilá-las a um Estado Federal ou quase federal⁷²¹.

⁷¹⁷ PEREIRA, André Gonçalves - **Curso de Direito Internacional Público**. 2.^a ed.. Lisboa, 1970, p. 227 e ss. e 452-454.

⁷¹⁸ GUEDES, Armando Marques - **Direito Internacional Público**. Lições ao curso do 4.º ano jurídico, proferidas nos anos lectivos de 1980-81 e 1981-82. Lisboa, respectivamente 1980 e 1981. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 68.

⁷¹⁹ CUNHA, Paulo Pitta e - **O movimento político europeu e as instituições supranacionais**. Lisboa, 1963, p. 100-101. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 68-69.

⁷²⁰ CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito** ..., cit., p. 370, 472 e ss. e 534 e ss..

⁷²¹ Pode ver-se estas concepções em CONSTANTINESCO, Vlad - **Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1974, p. 14 e ss. (pé-de-página n.º 19, da p. 148-149). Numa clara síntese dos aspectos ou caracteres de estilo federal que um exame levado a cabo com “espírito federalista” permitiria atribuir às Comunidades, P. H. Teitgen reconhece que: “Os Tratados de Roma, à semelhança de uma carta federal, foram concluídos por tempo ilimitado e não prevêem em nenhum caso a direito de secessão, tais tratados estabelecem, tal como as cartas federais, a transferência de competências dos Estados-membros para as instituições comunitárias, o sistema institucional das Comunidades comporta apurados processos de decisão por maioria, os tratados organizaram, em termos preciosos e firmes, a subordinação dos Estados-membros à regra de Direito Comunitário, atribuindo ao Tribunal das Comunidades competências que lhe permitem impor um certo “federalismo jurídico”, os tratados e mais ainda o direito deles derivado e que é uma criação das próprias Comunidades, comportam uma espécie de “fiscalidade” no âmbito de um sistema de recursos próprios”.

Depara-se assim, escreve o Professor Teitgen, com um “tal conjunto de caracteres inerentes ao regime federal que é legítimo concluir que os nossos tratados consagraram um certo federalismo funcional e pretender, por conseguinte, interpretá-los com referência aos princípios fundamentais do federalismo”. Exposição final e Conclusões do 6.º Colóquio do IEJE de Liège sobre as Comunidades Europeias - 1973. Citado por CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário: O Direito Institucional** ..., cit., p. 557-558.

Outros, tendo em conta a sua originalidade e as finalidades simultaneamente económicas e políticas do processo de unificação europeia, preferem qualificá-las como “organizações de integração”, designando o complexo de normas que as regem por “direito da integração” - por oposição ao Direito Internacional clássico, instrumento de coordenação de comportamentos estatais, disciplinador de simples relações de coexistência ou de cooperação.

Também, tendo em conta a extensão e natureza dos poderes da Comunidades, exercidas num quadro territorial e com âmbito pessoal que transcende as fronteiras nacionais, alguns juristas julgaram possível qualificá-las como “organizações supranacionais”.

Foi Robert Schuman, quem mais vigorosamente afirmou o carácter supranacional e mesmo soberano das Comunidades.

Para Mota de Campos, o Direito Comunitário consiste numa “nova ordem jurídica”. As Comunidades, essas, são “organizações interestaduais não soberanas”, cujo poder político (que não é soberano) resulta de mera “delegação de competências estatais, limitada a certos domínios específicos”⁷²².

Para Mota de Campos, a criação das Comunidades ter-se-ia, em suma, traduzido na instituição no âmbito dos Estados-membros de uma “nova ordem jurídica de subordinação”, diversa da ordem jurídico-internacional clássica assente em simples relações de “coordenação” de poderes soberanos. Esta ordem de subordinação implicaria a “autonomia da entidade supranacional face aos Estados e o carácter vinculativo das suas decisões”⁷²³.

Isabel Jalles atribui às Comunidades “carácter supranacional”. O Direito Comunitário apresenta em relação ao Direito Internacional clássico características específicas, não podendo nem os tratados institutivos das Comunidades nem o seu Direito derivado ser assimilados respectivamente ao Direito originário ou derivado de qualquer organização internacional⁷²⁴.

Para Fausto Quadros, que há algum tempo, estudou a natureza jurídica das Comunidades Europeias, qualificou-as então de “organizações supranacionais”, integrando-as, por conseguinte, dentro das organizações internacionais⁷²⁵. Entende que em

⁷²² CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário: O Direito Institucional** ..., cit., p. 555 e ss..

⁷²³ CAMPOS, João Mota de - A União Europeia - Sorvedouro das Soberanias Nacionais? In “Estudos em Homenagem ao Professor Adriano Moreira”. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1995, p. 137-154 e **Direito Comunitário: O Direito Institucional** ..., cit., p. 555 e ss..

⁷²⁴ JALLES, Maria Isabel - **Implicações jurídico-constitucionais da adesão de Portugal às Comunidades Europeias**. Lisboa, 1980, p. 45, 96-97, 100 e ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 69.

⁷²⁵ QUADROS, Fausto de - **Relações Económicas Internacionais**, síntese das lições proferidas ao Curso do 4.º ano de Finanças do Instituto Superior de Economia no ano lectivo de 1972-73. Edição da

rigor não se pode situar o Direito Comunitário fora do firmamento do Direito Internacional Público, que essencialmente continua a basear-se na soberania dos Estados. Se pretenderem transformar o Direito Comunitário num direito federal será necessário, para este Professor, uma ruptura qualitativa com o sistema actual, que terá de pôr termo ao actual paradoxo, isto é, terá de consistir essencialmente no abandono do critério da soberania na produção da regra de direito, pelo que, no que diz respeito ao direito derivado, na criação de direito novo pela óptica do interesse comunitário e não pela do interesse estadual. Aliás essa ruptura qualitativa já era defendida no relatório *Tindemans* e está consubstanciada no projecto do Tratado *Spinelli* e depende apenas da vontade política de se alcançar a União política da Europa, sem que com isso se pretenda esquecer que os tratados actuais estão em grande parte por cumprir e que estamos longe do esgotamento dos fins e dos meios que eles proporcionam.

Uma outra coisa é a classificação do Direito Comunitário no plano vertical das estruturas jurídicas onde o situamos na área do Direito Internacional Público, outra coisa é a elaboração dogmática do Direito Comunitário, no plano horizontal, por princípios e regras do direito interno⁷²⁶.

2.1.13. Doutrina austríaca

A questão de definição da natureza jurídica das Comunidades Europeias encontra-se praticamente condicionada pela construção por Alfred Verdross do seu conceito de “Direito interno das organizações internacionais”.

Seria em 1926, no prefácio da sua obra sobre os fundamentos do Direito Internacional e da Comunidade Internacional, que Verdross exprimiria pela primeira vez o desajustamento do conceito clássico de Direito Internacional Público com o fenómeno da “aplicação directa” a indivíduos, e não apenas a Estados, de algumas normas de Direito Internacional. As suas reflexões sobre a matéria eram, porém, à data ainda muito incipientes, pelo que o Autor se limitava a sugerir a necessidade de alargar o conceito clássico de Direito Internacional para englobar essas normas⁷²⁷.

Associação de Estudantes do Instituto Superior de Economia. Lisboa, 1973, p. 19 e ss.. Ver também a obra do mesmo autor - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 158 e ss..

⁷²⁶ QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 406-408.

⁷²⁷ VERDROSS, Alfred - **Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft**. Viena, 1926. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 74.

Só três anos mais tarde, portanto em 1929, aquele Professor de Viena lançaria os alicerces da noção de Direito interno das organizações internacionais, ao proferir na Academia de Direito Internacional um Curso sobre o Direito Internacional da Paz. Falou ele aí em “*droit interne créé par un organe international*”. Com efeito, Verdross sentiu a necessidade de construir o novo conceito de Direito interno criado por um órgão internacional justamente para abranger os actos jurídicos emanados dessas entidades, que eram “directamente aplicáveis” a indivíduos. Até então, os actos jurídicos que produziam directamente efeitos na esfera jurídica de indivíduos constituíam monopólio do Estado. Havia, pois, que fornecer uma explicação jurídica para o aparecimento desse fenómeno na Comunidade Internacional, daí a criação do novo conceito⁷²⁸.

O seu desenvolvimento, porém, só surgiria vinte anos mais tarde, num artigo publicado por Verdross numa revista americana⁷²⁹. Este Autor caracteriza as Comunidades Europeias como “associações de Estados de Direito Internacional”, não obstante contra essa tese se possa invocar o argumento de que nunca, a partir da criação das Comunidades, o Autor estabeleceu nas suas sucessivas obras qualquer ligação expressa entre o conceito de Direito interno das organizações internacionais e o Direito Comunitário.

O Autor que hoje mais desenvolve na Áustria o pensamento de Verdross nesta matéria, embora porventura divergindo dele ligeiramente em aspectos formais, é o Professor Seidl-Hohenveldern, que no seu livro dedicado às organizações internacionais, inclui, logo na epígrafe, as “comunidades supranacionais” dentro das “organizações internacionais”. Coerentemente com isso, ele observa, na apresentação dessa obra, que “o Direito das Organizações Internacionais, às quais pertencem as Comunidades Europeias, é Direito Internacional no seu mais amplo sentido”⁷³⁰. Aquele Autor desenvolve, nessa obra, o conceito de “Direito interno das organizações internacionais”. Na sua opinião, esse Direito faz parte do Direito Internacional, melhor, de “um Direito Internacional em sentido lato”. Todavia, contra o que a lógica do seu próprio pensamento parece impor, quando tem de se pronunciar sobre a natureza jurídica do Direito Comunitário integra-o, não naquele conceito de Direito interno

⁷²⁸ VERDROSS, Alfred - *Règles générales du droit international de la pai*. In *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1929-V, p. 275 ss., especialmente p. 311-341. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 74-75.

⁷²⁹ VERDROSS, Alfred - On the concept of International Law. In *American Journal of International Law*, 1949, p. 435 ss.. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 75.

⁷³⁰ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz - **Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften**. 3.^a ed.. Colónia, 1979, p. V e no mesmo sentido p. 7. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades** ..., cit., p. 78.

das organizações internacionais, onde o ignora, mas na categoria de um Direito *sui generis*, embora na descrição que faz das características da ordem jurídica comunitária se sinta que a está a aproximar bastante do Direito Internacional⁷³¹.

Kelsen não segue o caminho de Verdross e também se esquece da caracterização do Direito Comunitário. E mesmo quanto às Comunidades Europeias é muito reservado, limitando-se a observar que elas não podem ser definidas como Federações^{732 733}.

2.2. As várias teses

De acordo com a análise doutrinal que efectuámos no número anterior podemos afirmar que na doutrina do Direito Comunitário se encontram inúmeras posições acerca da natureza das Comunidades Europeias que, no essencial, se reconduzem às seguintes:

- as Comunidades Europeias são um Estado (Tese Estadual);
- as Comunidades Europeias são meras organizações internacionais (Tese Internacional);

⁷³¹ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz - **Das Recht der ...**, cit., p. 219 e ss. e 256.

⁷³² KELSEN, Hans - **Principles of International Law**. 2.^a ed.. Nova Iorque, 1967. Citado por QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades ...**, cit., p. 79.

⁷³³ Também, nos Estados Unidos da América, a doutrina publicista se tem preocupado com as Comunidades Europeias. Compreensivelmente, a questão vai ser predominantemente estudada, ainda mais do que no Reino Unido, nas suas relações com o federalismo. Numa das primeiras obras publicadas nos Estados Unidos sobre os aspectos jurídico-políticos da integração europeia, Diebold ignora o Direito Comunitário embora não deixe de qualificar as Comunidades, de harmonia com um critério mais económico do que jurídico, como uma realidade “diferente” tanto da “economia nacional” como da “clássica cooperação económica internacional”. Peter Hay é, sem dúvida, apesar de quase ignorado pela doutrina europeia, um dos autores que mais profundamente têm marcado, sobretudo pela vastidão e pelo pormenor das suas obras, a doutrina jurídica e a Ciência Política norte-americanas em matéria de integração europeia. Hay estuda especialmente a natureza das Comunidades sob duas ópticas distintas, que ele mostra possuírem critérios próprios de análise da questão: uma óptica jurídica e uma óptica política. Do ponto de vista puramente jurídico, o Autor não hesita em recusar a caracterização das Comunidades como Estado Federal, porque “sem dúvida não são Estados”. Mas, quando entra no domínio da Ciência Política, torna-se um inflamado defensor da natureza federal das Comunidades Europeias, que ele extrai sobretudo da “jurisdição federal” do Tribunal das Comunidades e da “relação federal” entre o Direito Comunitário e o Direito interno dos Estados-membros. Essa “relação federal” é fruto do “nascimento duma hierarquia federal”, expressão que o Autor utiliza, para caracterizar o “poder” das Comunidades sobre os Estados-membros. Hay reconhece, porém, que não existem diferenças substanciais entre o seu conceito e o de Verdross, tendo o primeiro, em seu entender, apenas a vantagem de exprimir a limitação da soberania dos Estados-membros em favor das Comunidades, que considera um traço característico do Direito Comunitário. Das obras mais recentes merece destaque, pela sua originalidade, a de Samuel Chen. Não tem uma palavra para o Direito Comunitário, mas estuda a Comunidade Europeia como “organização regional” acrescentando, porém, logo a seguir: “Ela não é só internacional, mas também supranacional, com carácter infranacional e transnacional”. Não se fica, porém, a saber o que significam para o Autor todos estes adjetivos. Ver sobre estas posições QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias ...**, cit., p. 80-81.

- as Comunidades Europeias como organizações internacionais supranacionais (Tese Supranacional);
- as Comunidades Europeias são uma manifestação federal ou confederal (Tese Federal ou Confederal);

2.2.1. Tese Estadual

Embora seja uma tese minoritária há quem defenda que as Comunidades Europeias são verdadeiros Estados e os tratados institutivos assumem a natureza da Constituição de um Estado. Tudo isto porque as Comunidades beneficiam de uma transferência de poderes soberanos por parte dos Estados para os órgãos comunitários, resultando daí um poder político autónomo. Assim, para os defensores desta tese, os órgãos comunitários teriam sido concebidos com base no direito público interno e já não segundo o modelo dos órgãos das organizações internacionais. As Comunidades Europeias disporiam de uma organização jurídica e os tratados seriam verdadeiros tratados-Constituição. O autor alemão Ophüls perfilha esta posição⁷³⁴.

Esta tese merece algumas críticas já que às Comunidades falta, desde logo, o poder de auto-organização, como refere Fausto de Quadros, a chamada “competência da competência”, pelo qual elabora a sua Constituição, define os seus órgãos e as suas competências. As Comunidades foram criadas por tratados concluídos pelos Estados-membros que têm o poder de os modificar (artigo 48.º do T.U.E., de acordo com as alterações introduzidas pelo tratado de Amesterdão), não podem alargar as suas atribuições, a não ser através dos Estados-membros, só podem actuar dentro dos limites dos seus objectivos⁷³⁵. Com efeito, faltam às Comunidades os traços elementares para se identificarem com uma colectividade estatal. Não possuem um povo, apesar de reunir vários povos, não têm território ou pelo menos as

⁷³⁴ Tal como já analisamos na Parte III, Capítulo II, ponto 2.1.1. deste trabalho.

⁷³⁵ Sobre as várias teses pode ver-se: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Universitario Sur, Santiago de Compostela, 2001, p. 99 e ss.; CONSTANTINESCO, Vlad - Estados, Naciones Y Unión Europea. In PÉREZ CALVO, Alberto (coord.) - “Estado, Nación Y Soberanía (Problemas actuales en Europa)”. Madrid: Secretaría General del Senado - Dirección de Estudios y Documentación, 2000, p. 436-449; MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo do Direito Comunitário: Sumários Desenvolvidos**. Lisboa: Lex, 1995, p. 74 e ss.; TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 152-153; ALVES, Jorge de Jesus Ferreira - **Lições de Direito Comunitário**. 2.ª ed., ampliada e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 455 e ss..

dimensões deste variam consoante as competências que elas exercem. No entanto, de acordo com Francis Delpérée, a Europa detém aquilo a que a Lei Fundamental alemã chama “direitos de soberania”. Ela exerce, ao nível governamental, legislativo e administrativo, funções análogas às de um Estado. As Comunidades Europeias são pessoas jurídicas, do ponto de vista do Direito Internacional, elas não eliminam os Estados-membros, também sujeitos de Direito Internacional, antes partilham com eles os atributos do poder, melhor dizendo, segundo aquele Autor, estas colectividades completam-se⁷³⁶.

Para Solozábal Echevarría, hoje, as Comunidades dispõem de um poder político próprio de ordem superior, ainda que derivado dos Estados-membros. Trata-se de uma comunidade de progressiva integração, que não é um Estado, nem sequer um Estado federal⁷³⁷. O seu ordenamento - com vigência imediata e hierarquia superior - está separado do dos membros integrantes.

A base jurídica da União não é, portanto, uma verdadeira Constituição - como acto único fundador de uma ordem política soberana de um povo - mas sim os tratados internacionais dos Estados que a integram, os quais não se uniram numa união estatal, mas sim numa ordem comum, à qual se encontram submetidos mas da qual podem sair.

De modo que, a União Europeia continua a ser uma comunidade de Estados. Deles procedem as suas competências e legitimação, cuja base fica reflectida na própria estrutura da União.

A União não é uma organização de fins gerais ou indeterminados, como caracteriza Jellinek o Estado, mas sim de propósitos concretos e competências definidas. A União Europeia não é, portanto, uma associação para todo o tipo de fins e os seus órgãos, conforme já estabelecia o artigo 4.º do T.C.E.E. (actual artigo 7.º, do T.C.E.), só podem actuar de acordo com as atribuições concretas que se lhes reconhece, isto é, conforme as suas competências⁷³⁸.

De acordo com o mesmo Autor, a União Europeia é sobretudo uma comunidade jurídica, um verdadeiro ordenamento resultado de um propósito explicitamente procurado.

⁷³⁶ Ver: DELPÉRÉE, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 77-78.

⁷³⁷ Neste sentido também DIAS, João Pedro Simões - **O Conselho Europeu e a Ideia da Europa**. Aveiro: Fedrave, 1995, p. 355-356.

⁷³⁸ Ver: SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José - Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración Europea de Portugal y España. In MIRANDA, Jorge (org.) - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 799-830, especialmente p. 800-803.

Um direito que desde logo não é estatal, na medida em que se apoia numa comunidade supranacional e cujos órgãos de criação e aplicação não estão circunscritos a um território em particular e, portanto, não condensa a experiência ou necessidades espirituais de um só povo. Mas, o Direito Comunitário não pode conceber-se sem os Estados, o Direito Comunitário é uma ordem lógica e normativa que se nutre das experiências e dados jurídicos de cada membro e cujas contribuições revertem por sua vez no plano dos ordenamentos concretos. A Comunidade Europeia está ligada aos princípios jurídicos dos Estados-membros, mas estes na transposição e execução do Direito Comunitário têm de observar, por sua vez, os fundamentos constitutivos do mesmo⁷³⁹.

Diz Pérez Royo que, as Comunidades Europeias e o seu Direito só podem ser estudados “descritivamente”. Não há nenhum princípio director que presida à sua organização política e à produção de normas jurídicas. Isto é o que as diferencia “essencialmente” do Estado Constitucional.

As Comunidades dispõem de uma organização e de procedimentos de criação de normas jurídicas. Mas a sua organização tanto é esta como poderia ser outra, e a criação do direito produz-se da maneira que se produz, mas também poderia produzir-se de maneira diferente, não são consequência de um princípio político constitucional que seja o seu elemento director. É aquilo que os seus Estados-membros foram considerando mais apropriado em cada etapa do processo de integração e nada mais.

Esta ausência de um princípio político constitucional que reja a estrutura organizativa e os procedimentos de criação do direito nas Comunidades é aquilo a que se costuma fazer referência, ainda que de uma forma incorrecta, com a expressão “défice democrático”⁷⁴⁰.

⁷³⁹ Ver: SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José - Algunas consideraciones constitucionales ..., cit., p. 823-830.

⁷⁴⁰ Para Pérez Royo, a União Europeia não é que seja pouco democrática, é que é “ademocrática”. Não é que seja déficeária desde uma perspectiva democrática, o que acontece é que não se seguiu um princípio democrático na sua formação. É integrada por Estados democráticos, mas ela mesma não foi constituída democraticamente. É neste sentido que deve ser entendido o artigo 6.º do Tratado de Amesterdão, que diz que: “A União Europeia baseia-se nos princípios da liberdade, democracia, respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais e do Estado de Direito, princípios comuns aos Estados-membros.” A União Europeia não tem uma legitimação democrática directa mas sim indirecta, porque as unidades que a integram é que estão constituídas democraticamente. A União é uma organização de Estados democráticos e, na medida em que as partes constitutivas o são, o todo de alguma maneira também participa dos valores próprios da democracia. Mas, o princípio da legitimação democrática não é o seu princípio constitutivo, nem das suas instituições nem dos seus procedimentos de criação de normas jurídicas. Entende aquele Professor que, o que o Tratado de Amesterdão vem dizer não é que a União está constituída democraticamente mas sim que não está constituída antidemocraticamente. A União Europeia não é nem democrática nem antidemocrática. Enquanto organização é democrática. Está constituída à margem da democracia porque o sujeito da União Europeia não são os indivíduos, mas sim os Estados. E a democracia, tal como se entende na nossa cultura política e jurídica,

Na opinião daquele Autor, o direito do Estado é um ordenamento jurídico, o da União Europeia não o é. Sem princípio de legitimidade democrática há normas jurídicas, mas não um ordenamento. Porque o ordenamento jurídico exige o princípio de unidade. E esta unidade só a proporciona a legitimação democrática do poder. Por isso, as normas anteriores à existência do Estado constitucional não constituíram nunca um ordenamento jurídico. E por isso, enquanto a União Europeia não estiver constituída democraticamente, as normas por ela produzidas não poderão ser consideradas um ordenamento, ainda que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias utilize esse termo na sua jurisprudência. Pelo menos no sentido em que o é o ordenamento jurídico do Estado constitucional⁷⁴¹.

Diz ainda Pérez Royo que, as relações entre o Estado constitucional e a União Europeia, entre o ordenamento jurídico do primeiro e o direito da segunda são, pois, relações entre entidades heterogéneas. Afins mas heterogéneas. Se houve integração é porque, previamente, havia afinidade em muitos terrenos, entre os quais se conta o político em geral e o jurídico em particular. Mas afinidade não é o mesmo que homogeneidade. Esta última exige que os entes que se relacionam tenham a mesma natureza, que o seu princípio constitutivo seja o mesmo. Daí todas as dificuldades para definir juridicamente as relações entre o Estado constitucional e o seu ordenamento jurídico e a União Europeia e o seu Direito⁷⁴².

2.2.2. Tese Internacional

Certos Autores defenderam que as Comunidades Europeias eram uma organização internacional clássica, com base no princípio da soberania e da justaposição dos Estados. Tal posição é contemporânea da criação da primeira comunidade - a C.E.C.A.. Para esta tese as razões a favor seriam: a criação por tratado, a modificação do seu estatuto por iniciativa dos Estados, as relações entre os Estados serem regidas pelo Direito Internacional e os casos de votação segundo a regra da unanimidade.

A configuração das Comunidades como organização internacional clássica não explicaria a transferência de poderes soberanos dos Estados para as Comunidades, o princípio

constitui-se única e exclusivamente a partir de indivíduos e não de organizações políticas em que os indivíduos se integram. A democracia é constitutivamente individualista. Sem esse ponto de partida não estamos falar de democracia mas sim de algo distinto. Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**. 5.ª ed.. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1998, p. 824.

⁷⁴¹ PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**, cit., p. 823-825.

⁷⁴² Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**, cit., p. 825-827.

do primado e da aplicabilidade directa, a possibilidade de votação por maioria e a independência dos órgãos comunitários face aos Estados⁷⁴³.

A União Europeia diferencia-se da organização internacional pela quase completude das suas instituições políticas, pois do mesmo modo que a organização estatal dispõe de um Parlamento, um Conselho (órgão de impulso político), uma Comissão (governo) e um Tribunal de Justiça; pelo amplo espectro dos seus fins, não limitados a assegurar a paz ou a cooperação internacional em geral ou em algum âmbito concreto; e especialmente pela afirmação da superioridade própria sobre o nacional, consequência da exigência da sua aplicação imediata - o que não ocorre com a eficácia do Direito Internacional nos sistemas dualistas - e da sua primazia, sem necessidade de utilização do chamado sistema horizontal de cumprimento forçado do Direito Internacional, actuando tipicamente através dos princípios da responsabilidade do Estado infractor, a reciprocidade e as contra-medidas⁷⁴⁴.

Acrescenta ainda Pérez Royo que nem a teoria jurídica produzida para explicar o Estado, nem a produzida para explicar as relações internacionais entre os Estados pode servir para explicar as relações entre a União Europeia e os Estados que a integram, já que nem as consequências da integração para os Estados e seus ordenamentos jurídicos são as mesmas que comporta a integração em qualquer outra organização internacional, nem a União Europeia é uma organização internacional como as demais que possa ser explicada com base no Direito Internacional tradicional. Nem o direito do Estado constitucional nem o Direito Internacional podem servir, plenamente, para explicar as relações entre a União Europeia e os Estados que a integram.

O Preâmbulo do Tratado de Amesterdão abre com as seguintes palavras: “A União Europeia é o termo com que se define uma nova etapa no processo de integração europeia empreendido com a constituição das Comunidades Europeias”, que neste terreno procedeu exactamente como o Tratado de Maastricht uns anos atrás. As três Comunidades originárias, a C.E.C.A.⁷⁴⁵, a C.E.E. e a C.E.E.A. continuam a ter personalidade jurídica separada e sendo

⁷⁴³ Sobre este tema pode ver-se: TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades** ..., cit., p. 153 e ss.; MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo** ..., cit., p. 77-78; ALVES, Jorge de Jesus Ferreira - **Lições de Direito Comunitário**, cit., p. 455 e ss.; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 99 e ss..

⁷⁴⁴ Ver: SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José - **Algunas consideraciones constitucionales** ..., cit., p. 800-801.

⁷⁴⁵ Sendo que a C.E.C.A., como já referimos nesta III Parte do trabalho, no Capítulo I, ponto 3., pé-de-página n.º 623, já atingiu o limite da sua existência, tendo chegado ao seu termo a 23/07/2002.

sujeitos de Direito Internacional. A União Europeia não veio ocupar o seu lugar. Daí que o Tratado da União Europeia se tenha limitado a incorporar em títulos separados, com as reformas oportunas, os tratados fundadores das três comunidades. E daí que nas palavras finais do Preâmbulo não se fale de “constituição” mas sim de “criação” da União Europeia e de criação da mesma “perante a perspectiva das posteriores etapas que terão de ser ultrapassadas para avançar na via da integração europeia”.

Existiu, assim, uma vontade expressa de não constituição da União Europeia e de manutenção das relações jurídicas dos Estados com a União no marco previamente estabelecido nos tratados originários das Comunidades Europeias.

Estamos, portanto, perante um processo histórico que pode ser que acabe por conduzir à constituição jurídica da União Europeia, mas que ainda não chegou a esse ponto. O avanço que se produziu, politicamente, com os Tratados de Maastricht e de Amesterdão, assim como com a moeda única, não encontraram ainda a sua tradução jurídica. A integração económica vai à frente da integração política, mas esta última vai muito além da integração constitucional. As relações entre o Direito estatal e o Direito Comunitário continuam a ser as mesmas que havia antes da aprovação dos ditos tratados⁷⁴⁶.

2.2.3. Tese Supranacional

Uma parte significativa da doutrina⁷⁴⁷ define as Comunidades Europeias como entidades dotadas de autonomia e identidade própria e que denomina de organizações internacionais supranacionais. O facto de determinadas competências, tradicionalmente atribuídas aos Estados, terem sido transferidas por estes e passarem a ser exercidas por entidades diferentes, e do direito da organização se impor não só aos Estados-membros como aos seus cidadãos, fez surgir este novo tipo de organização que difere da organização clássica do âmbito do Direito Internacional. O ponto mais saliente destas organizações reside no facto dos respectivos órgãos poderem tomar decisões obrigatórias para os Estados-membros, independentemente da sua aceitação. No entanto, o conceito de supranacional não é unívoco.

⁷⁴⁶ Ver: PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**, cit., p. 825-827.

⁷⁴⁷ Assim por exemplo os Professores J. da Silva Cunha, Fausto de Quadros, André Gonçalves Pereira e Isabel Jalles. Pode ver-se as suas posições na III Parte deste trabalho, no Capítulo II, ponto 2.1.12.. Também LOPEZ CASTILLO, Antonio - De Integracion Y Soberania. El Tratado Sobre La Union Europea (TUE) Ante La Ley Fundamental Alemana (LF). In Revista de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.º 40: (1994), p. 207-240, especialmente p. 211 e ss..

Há quem o defina, como Paul Reuter, pelo recurso a três características: independência dos órgãos comunitários perante os Governos nacionais, transferência de poderes soberanos dos Estados para as Comunidades, existência de relações directas entre órgãos comunitários e os particulares. Outros falam também na superioridade hierárquica do poder supranacional sobre o estadual, aquele poder terá a sua génese na transferência definitiva de poderes soberanos dos Estados-membros, autonomia do poder supranacional em relação ao poder estadual, autonomia da ordem jurídica comunitária face à estadual⁷⁴⁸, não podendo os Estados dissolver a entidade supranacional e reaver os poderes transferidos⁷⁴⁹. No entanto, o conceito de supranacionalidade não está ainda muito claro para o jurista e os elementos até agora apresentados nem sempre se verificam nas Comunidades Europeias, como por exemplo a transferência definitiva de poderes soberanos dos Estados-membros para as Comunidades.

2.2.4. Tese Federal ou Confederal

Há também quem aproxime as Comunidades ao Estado Federal, baseando-se fundamentalmente na evolução histórica das mesmas, entendendo que a ideia federalista entronca no pensamento das personalidades que estiveram na origem das Comunidades, como Jean Monnet e Robert Schuman, e ainda nos seguinte aspectos: os tratados foram concluídos por tempo indeterminado e não prevêm o direito de secessão, na competência exclusiva das Comunidades em determinadas matérias, que se alargaram com o Tratado da União Europeia (T.U.E.), na regra da maioria e não da unanimidade, na tomada de decisões pelos órgãos

⁷⁴⁸ Diz o Professor Diez de Velasco que, o tratado institutivo de uma organização internacional pode conferir aos seus órgãos competência normativa externa, isto é, o poder de criar normas jurídicas dirigidas aos Estados-membros. O direito emanado das organizações internacionais não tem em todos os casos a mesma força obrigatória. As organizações internacionais com a faculdade de adoptar normas obrigatórias são escassas, quando uma organização internacional pode adoptar esse tipo de normas internacionais obrigatórias, como é o caso do Conselho de Segurança da O.N.U. e da Comissão e do Conselho (assim como os actos de co-decisão do Conselho e do Parlamento Europeu) das Comunidades Europeias, então os Estados-membros devem cumpri-las e zelar pelo seu cumprimento e para isso terão de adaptar o seu Direito interno às novas obrigações. Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel - **Instituciones De Derecho Internacional Público**. 13.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 2001, p. 205.

⁷⁴⁹ Sobre este tema pode ver-se: TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades** ..., cit., p. 166 e ss.; CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 370, 472 e ss. e 534 e ss.; MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo** ..., cit., p. 78-79; ALVES, Jorge de Jesus Ferreira - **Lições de Direito Comunitário**, cit., p. 455 e ss.; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 99 e ss..

comunitários e porque, do ponto de vista orgânico, a Comunidade aproxima-se do Estado Federal porque o Conselho teria sido pensado como órgão federal, de modo a traduzir a vontade dos Estados-membros na formação da vontade das Comunidades. Além disto invocam também que, segundo os tratados, os Estados-membros estão subordinados ao Direito Comunitário e o Tribunal das Comunidades dispõe de um conjunto de competências, espécie de “federalismo jurídico”, consubstanciado na aplicabilidade directa, na primazia do Direito Comunitário sobre o Direito interno dos Estados-membros e na interpretação uniforme das suas normas.

Para outros, aproxima-se da Confederação de Estados que é uma associação de Estados formada por tratado, do qual resulta a criação de órgãos comuns para a prossecução de certas tarefas. Não elimina a personalidade jurídica internacional dos Estados-membros que apenas fica limitada, admite o direito de cessação e deliberações por maioria, tudo isto aproxima-a das Comunidades. Por sua vez, o Tratado de Maastricht parece consagrar em alguns aspectos uma confederação, sobretudo no que diz respeito à Política Externa e de Segurança Comum (PESC), prevista no Título V, artigos 11.º a 29.º. No entanto, diferencia-se porque nas Comunidades existem órgãos com representantes dos Estados (Conselho), um Parlamento eleito, relações directas da Comunidade com os cidadãos e a via económica para a integração⁷⁵⁰.

De um modo geral, entende-se que as Comunidades não são um Estado, nem um Estado Federal e também não são uma Confederação⁷⁵¹. Assim, não são um Estado Federal, desde logo porque não são um Estado. A referência ao federalismo, ao pré-federalismo ou

⁷⁵⁰ Sobre este tema pode ver-se: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 99 e ss.; BORELLA, François - Soberanía, Supremacia Y Reparto de Poderes. In PÉREZ CALVO, Alberto (coord.) - “Estado, Nación Y Soberanía (Problemas actuales en Europa)”. Madrid: Secretaría General del Senado - Dirección de Estudios y Documentación, 2000, p. 33-38; CROISAT, Maurice et QUERMONNE, Jean-Louis - **L'Europe et le Fédéralisme - Contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental**. 2.ª ed.. Paris: Montchrestien, E.J.A., 1999, p. 61 e ss. e 88 e ss.; TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades** ..., cit., p. 162 e ss.; MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo** ..., cit., p. 74 e ss.; ALVES, Jorge de Jesus Ferreira - **Lições de Direito Comunitário**, cit., p. 455 e ss.; De acordo com o Professor António La Pergola a União não é certamente um Estado federal e tão pouco está destinada a converter-se nele. O facto de se criar uma Constituição, não muda a realidade das coisas. Na lógica de Maastricht a União é uma confederação, mas com um duplo perfil: um antigo, o da ligação entre Estados, o outro moderno e plenamente actual, o de um ordenamento que reconhece direitos aos indivíduos, até atribuir-lhes uma cidadania europeia junto à nacional. Ver: Para qué una Constitución de la Unión Europea. In OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 43-51, especialmente p. 46.

⁷⁵¹ Ver: DELPÉRÉE, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**, cit., p. 78-79; WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**. Tradução Portuguesa de “Le Devenir de l'Europe” por Joana Caspurro. Porto: Ambar, 2002, p. 94 e ss.; CROISAT, Maurice et QUERMONNE, Jean-Louis - **L'Europe et le Fédéralisme** ..., cit., p. 60.

quase federalismo, pode ser motivada por razões de vária ordem, mas objectivamente há críticas que podem ser apresentadas, tais como: nas Comunidades Europeias não se verificam certas características do Estado Federal como, por exemplo, enquanto uma norma do direito do Estado federado contrária ao direito da Federação é nula e de nenhum efeito, a inaplicabilidade de uma norma estadual contrária ao Direito Comunitário não resulta da sua nulidade mas da sua ineficácia, por outro lado, o próprio Tribunal das Comunidades não é um tribunal federal, uma vez que não tem competência para julgar da validade das normas estaduais mesmo nas situações em que é chamado a pronunciar-se, nos termos do mecanismo do reenvio prejudicial consagrado no artigo 234.º do T.C.E.. Além de tudo isto, acresce ainda o facto de nas Comunidades não existir uma ordem jurídica integrada, pois o Direito Comunitário é composto pelos tratados que instituíram as Comunidades e pelos actos emanados dos órgãos comunitários, não abarca o direito dos Estados-membros. O Direito Comunitário e os Direitos nacionais são ordens jurídicas separadas, não se trata de uma única ordem jurídica cuja característica essencial seria a subordinação das ordens jurídicas nacionais à ordem jurídica comunitária, com o correspondente controle contencioso⁷⁵².

De acordo com Cruz Vilaça, o Direito Comunitário não é uma ordem jurídica federal, por duas razões: primeiro, não há hierarquia entre os tribunais nacionais e o T.J.C.E., há uma relação de cooperação, mas a obrigação do reenvio é importante, porque o Direito Comunitário deve ser aplicado de maneira uniforme em todos os Estados-membros, segundo, porque não há nos Estados-membros tribunais da Comunidade (federação) com competência para aplicar em cada Estado-membro o direito da federação (Direito Comunitário), são os próprios tribunais nacionais que aplicam o Direito Comunitário, mas tem ingredientes de federalismo. Assim, o sistema judicial das Comunidades é constituído por dois pilares: o primeiro são os tribunais nacionais, o outro é o Tribunal das Comunidades Europeias. Os tribunais nacionais têm de acatar os acórdãos do T.J.C.E., se tiverem dúvidas podem pedir nova apreciação. Se não cumprirem, se não fizerem o reenvio, verifica-se uma situação de incumprimento do Direito Comunitário por parte de um órgão de um Estado-membro. O tratado tem mecanismos (artigos 226.º a 228.º do T.C.E.) de acção por incumprimento com fase pré-contenciosa por parte da Comissão, que pode enviar um parecer fundamentado findo o qual, se o Estado-membro não tomar as medidas adequadas, enviará ao T.J.C.E. para

⁷⁵² Ver: TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades** ..., cit., p. 162 e ss.; MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo** ..., cit., p. 73 e ss.; ALVES, Jorge de Jesus Ferreira - **Lições de Direito Comunitário**, cit., p. 455 e ss..

responsabilizar o Estado-membro pelo incumprimento. Se o juiz nacional pretender declarar a invalidade de uma norma de Direito Comunitário, nesse caso, é obrigado ao reenvio prejudicial⁷⁵³.

Para Javier Ruipérez, entre Estado Federal e Confederação existem duas diferenças fundamentais que impedem a sua identificação. Por um lado, ambas as formas políticas se diferenciam pelo modo, pela forma, segundo a qual se pode levar a cabo a modificação formal da sua norma fundamental. Enquanto que na Confederação a reforma do seu instrumento de governo requer com carácter geral a unanimidade dos membros, no Estado Federal basta que aquele projecto de revisão seja aceite por uma maioria qualificada, para que aquela se entenda validamente aprovada. Por outro lado, será também diferente a eficácia das normas jurídicas emanadas pelos órgãos centrais da união estatal para os cidadãos. As do Estado Federal serão directamente aplicáveis aos cidadãos, não será preciso para isso que os órgãos políticos dos Estados-membros realizem alguma actividade convalidatória. Na Confederação, pelo contrário, as normas confederais só serão aplicáveis aos cidadãos quando as mesmas tenham sido transformadas em Direito interno por uma actividade positiva dos órgãos estatais.

Tenha-se em conta que na base do que Stern⁷⁵⁴ denomina “opção europeia” e “opção supranacional”, contida em normas como, por exemplo, o artigo 24.º da Lei Fundamental de *Bonn*, o artigo 11.º da Constituição italiana, e o artigo 93.º da Constituição espanhola, o Direito Comunitário é emanado pelos órgãos próprios da União e, de aplicação directa e preferente, no interior dos Estados-membros. Encontramo-nos aqui perante um magnífico exemplo do quebrar constitucional da Constituição, se preferirem de auto-ruptura.

Graças a esta auto-ruptura constitucional, a União Europeia acerca-se mais, neste ponto, do regime jurídico dos Estados Federais do que do da Confederação. A União Europeia apresenta-se como uma realidade intermédia e equidistante do Estado Federal e da Confederação.

A União Europeia, não sendo um Estado constitucional na sua manifestação de Estado Federal, encontra-se muito mais centralizada do que estiveram as Confederações históricas⁷⁵⁵.

⁷⁵³ Opinião emitida pelo Professor Dr. Cruz Vilaça numa conferência proferida, na Universidade Portucalense - Infante D. Henrique, sobre o tema “Aplicação do Direito Comunitário”, em 23/10/2000.

⁷⁵⁴ STERN, K. - *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid, 1987, p. 804 e 864 e ss.. Citado por RUIPÉREZ, Javier - *La "Constitución Europea" y La Teoría Del Poder Constituyente*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, S. L., 2000, p. 46.

⁷⁵⁵ RUIPÉREZ, Javier - *La "Constitución Europea"*, cit., p. 27-49.

2.3. Propostas alternativas

Como acabámos de ver, nas Comunidades existem elementos caracterizadores que são próprios de diferentes modelos de organização política. Assim, a questão que se coloca é ainda como definir e como se irá definir esta entidade, numa perspectiva de evolução no sentido do aprofundamento, isto é da união política. Quais são as evoluções previsíveis para a Europa⁷⁵⁶? Para Paulo Castro Rangel, a expressão “federalista” do ponto de vista ideológico pode ser entendida em dois sentidos diferentes. Assim, por exemplo, antes do movimento “maastrichtiano” da União Europeia a palavra era frequentemente usada com a conotação de “divisionista”, de adepto de uma fórmula política de grande descentralização de competências (é este, segundo aquele Autor, o sentido com que o “federalismo” é visto na Bélgica, nomeadamente durante o processo de reforma constitucional de 1993 e com a adopção da Constituição federal de 1994). Trata-se de um movimento de desagregação de um Estado unitário. Com os avanços do processo de construção europeia, a palavra passou a designar a posição que apoiava uma crescente concentração de poderes em Bruxelas e, portanto, uma transferência de “parcelas de soberania” cada vez maiores para a União. A palavra “federalista” tornou-se, pois, sinónimo de “centralista”. Diz ainda aquele Autor, que não restam dúvidas que só o modelo federal é capaz de responder a um grau elevado de pluralismo de todo o tipo, de diversidade de valores e interesses em conflito permanente. O modelo federal legitima-se primordialmente por referência a essa multiplicidade cultural da comunidade política⁷⁵⁷.

Para Wolfgang Wessels é possível distinguir quatro modelos que representam distintos graus de construção da Europa como Estado e de estruturação do ciclo de criação de políticas e implicam diferentes tipos de organização institucional e de procedimento⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Diz o Professor Hilf MEINHARD que o problema mais difícil é a definição desta estrutura: “é uma Organização Internacional? É um novo Estado europeu? É um *Staatenbund* ou um *Bundesstaat*? Para sermos exactos nem um nem outro. Por isso surgiu o termo *Staatenverbund* que é algo entre um *Staatenbund* federal e um *Bundesstaat* central e descreve a abertura a um desenvolvimento no futuro”. Ver em La Constitución Europea: principios básicos y derechos humanos. In OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 53- 59, especialmente p. 56.

⁷⁵⁷ RANGEL, Paulo Castro - Introdução ao Federalismo Contemporâneo. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados. Ano 61: (Abril de 2001), p. 789-836, especialmente p. 807-808.

⁷⁵⁸ Que segundo o Autor seriam os seguintes: “Modelo estritamente federal de uns Estados Unidos da Europa - reforma básica e racionalização dos procedimentos actuais. O “modelo estritamente federal” dos “Estados Unidos da Europa” suporia a total reorganização do sistema institucional actual com aproximação às federações clássicas. O Estado nacional histórico da Europa ocidental seria substituído em grande parte pela

Para Javier Ruipérez é certo que em determinadas épocas pôde existir, com maior ou menor extensão geográfica, e com uma maior ou menor intensidade, uma unidade política e jurídica no Velho Continente⁷⁵⁹. No Império, o poder do príncipe sobre os Reinos tinha sempre, e em todo o caso, uma natureza coercitiva. Pelo contrário, nas organizações federais, quer se trate do Estado Federal quer da Confederação de Estados, o poder, tanto no seu fundamento como no seu exercício, assenta no princípio do “consentimento”. Porque isto é assim, a origem prática da unidade, pacífica e consensual, da Europa só pode encontrar-se no século XX. Isto é, a unidade europeia traduzir-se-ia não na unificação mas sim na integração,

federação europeia. Este modelo baseia-se numa transferência considerável e claramente definida de competências ao nível dos Estados Unidos da Europa, deixando um só número reduzido delas ao sistema nacional. Os estados nacionais pré-existent convertem-se em algo similar aos Estados dos Estados Unidos ou aos *Länder* da R.F.A.. Supõe-se que a eficácia e resultado deste modelo seriam grandes porque as decisões poderiam tomar-se com celeridade e porque o Governo dos Estados Unidos da Europa teria nas suas mãos instrumentos suficientes. Os problemas principais residiriam no processo de aplicação pelas administrações nacionais ou regionais e na questão da legitimidade. As tendências das Comunidades Europeias nos últimos anos e o Tratado de Maastricht oferecem muito poucos sinais de que se esteja evoluindo na prática para um modelo estritamente federal. O passo mais claro na direcção federal é a união monetária com a criação do Banco Central Europeu, as decisões puramente monetárias deste banco central estarão dominadas pelos governadores dos bancos centrais nacionais, sempre que participem sete Estados como mínimo. Pelo menos, no que se refere à transferência de competências, a U.E.M. segue um modelo federal. Modelo intergovernamental de uma Europa confederal - Este modelo baseia-se na soberania nacional dos Estados-membros. Neste modelo não se produziria qualquer transferência fundamental de competências dos estados nacionais para a União que seria administrada por instituições independentes. A Europa confederal seria simplesmente uma “união de soberanias” na qual se deixaria a última palavra aos Estados-membros, como “donos” do jogo. Só contaria uma legitimidade, a dos governos nacionais emanada das respectivas eleições nacionais. Modelo federal cooperativo de uma “Europa fusionada”: extrapolação de tendências a partir da tese da fusão. Baseia-se no conceito da dupla legitimidade: a dos Estados-membros e da Comunidade, ambos com peso decisivo na preparação, adopção, aplicação e controle de decisões vinculantes que permitam o uso combinado de instrumentos nos níveis comunitário e nacional. O princípio da repartição equitativa de poderes poderia aplicar-se de duas maneiras: uma possibilidade é que em cada tipo de acto dois órgãos tivessem o mesmo peso (Parlamento e Conselho), neste caso deveria desenvolver-se mais o procedimento de conciliação previsto no procedimento de co-decisão; a eficácia inter-institucional seria em geral baixa; outra possibilidade é que, em cada tipo de acto, um dos dois órgãos tivesse uma certa prerrogativa, que permitiria uma tomada de decisões mais ágeis e, portanto, uma maior eficácia inter-institucional. Modelo descentralizado da Europa das Regiões - Uma Europa das Regiões baseia-se na transferência de poderes em favor de um sistema político regional descentralizado, reduzindo-se o nível nacional e europeu a um mínimo de competências e funções. A ideia básica é que os cidadãos participarão directamente na tomada de decisões sobre assuntos públicos. As burocracias nacionais e comunitárias reduzir-se-iam a um mínimo. Seguir-se-ia uma dupla estratégia: a 1.ª seria a de transferir tantas competências para as regiões quanto fosse possível e aplicar o princípio da subsidiariedade até às suas últimas consequências; a 2.ª seria a de aumentar o poder de decisão das regiões dentro da CE/UE: o Comité das Regiões passaria a ser uma co-Assembleia legislativa ao mesmo nível que o Parlamento Europeu e o Conselho (pelo menos no que se refere às competências importantes para as Regiões). Comparando os elementos positivos e negativos de cada modelo compreendemos que não se trata de seguir nenhum deles na sua integridade. Sugere-se é que se tome o modelo federal cooperativo como ponto de referência para continuar a construção constitucional, que se desenvolva uma estratégia para obtê-lo o mais possível, sobretudo dando mais poder a um órgão (Parlamento ou Conselho) que estabeleça procedimentos dinâmicos de conciliação”. Ver: WESSELS, Wolfgang - *Evolución de la Comunidad Europea/Unión Europea*. In OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 99-136.

⁷⁵⁹ RUIPÉREZ, Javier - *La "Constitución Europea" ...*, cit., p. 27.

mediante a criação de instituições concretas e especializadas, diversos acordos económicos e ou acordos multilaterais em questões jurídicas, sociais, culturais, etc., mas conservando sempre a independência e individualidade dos Estados-membros. Foi assim que se criaram, por exemplo, a O.C.D.E., a C.E.C.A. ou a C.E.E.. Contudo, esta tendência inicial foi paulatinamente substituída pela de articular uma autêntica unidade política. Segundo aquele Autor, encontramos-nos emersos numa dinâmica - a da integração europeia - que se está a desenvolver, maioritariamente, como um processo irremediável, imparável e irreversível (pelo menos enquanto resulte mais rentável, desde o ponto de vista económico, fortalecer a União do que voltar ao *status* de unidades de decisão económica individuais). Entende assim, que a União Europeia, hoje, não responde de uma maneira plena, total e absoluta nem ao conceito clássico do Estado Federal, nem ao de Confederação de Estados, tendo, contudo, traços de ambos.

Diz Manoel Ferreira Filho que, a segunda metade do século passado deu origem ao que parece ser um modelo novo, nem Confederação, nem Estado Federal, mas associação de Estados independentes. Este exemplo é a União Europeia. Para aquele Autor, esta foi formada por meio de tratados, por Estados independentes que jamais abriram mão da sua soberania. Por outro lado, há competências atribuídas ao ente constituído, a respeito das quais, os órgãos próprios deliberam. Mais, as deliberações deles são directa e imediatamente obrigatórias para os povos dos Estados-membros, sem a intervenção das instâncias políticas destes. Nisto, há uma coincidência com o Estado federal. Reforçam este aspecto outros traços. Um, é a existência de uma “cidadania” comum, com a livre circulação pelo território do ente União Europeia, com direito de voto e elegibilidade, nas eleições locais, para todos esses “cidadãos” em todos os Estados associados. Outro, é a existência de um tribunal, ao qual esses “cidadãos” podem dirigir-se, cujas decisões se impõem aos referidos Estados componentes. Entende que se trata, assim, de um ente que não é nem a Confederação, nem a Federação, tem elementos de ambos, constituindo certamente um novo tipo de organização política, que se poderia chamar - à falta de terminologia mais precisa - de “comunidade”. A natureza deste é ainda controversa e, sem dúvida, está num processo evolutivo. Deste, poderá resultar, como não são poucos os que o desejam, um Estado federal, com a adopção de uma Constituição da

Europa, o que já foi proposto por líderes de responsabilidade, mas não parece em vias de realização⁷⁶⁰.

Diz também Carreras Serra que, na realidade actual da União Europeia, coexistem as duas filosofias, a federal e a confederal, o que faz com que a sua arquitectura seja complexa e atípica. Ao nível institucional o Conselho corresponde à filosofia confederal e o Parlamento e a Comissão ao princípio federal. No âmbito da União exercem-se competências que correspondem ao princípio federal e actividades de cooperação intergovernamental que correspondem ao princípio confederal. Por último acrescenta que o processo de configuração europeia se caracteriza pelo “gradualismo”, isto é, a unidade vai-se aprofundando por etapas⁷⁶¹.

Para Lucas Pires, a União não detém nenhum dos elementos de que nasceu ou que propiciaram o desenvolvimento do Estado moderno - desde a guerra e a revolução - seus momentos genéticos e de transformação, ao território e à população - seus momentos formativos -, até ao monopólio da força, da decisão política ou do direito, através dos quais se manifesta a sua densidade soberana.

Quanto à concepção da construção europeia como ovulação de um Estado Federal, diz também aquele Autor, que não existe aqui nenhum elemento essencial do Estado. Ao nível europeu, o “povo” é uma população, o território é um espaço e a soberania é uma partilha de soberanias nacionais, não um princípio de competências de Constituições. A União não detém nem o *jus belli*, nem o *jus tractuum*, nem o *jus legationis*, apanágio tradicional do Estado. Faltam-lhe poderes fiscais e a capacidade de auto-sustentação financeira que seriam o mínimo vegetativo de uma ideia de Estado.

A União Europeia só exhibe características de estadualidade em importantes mas limitadas áreas de regulação económica e social. A secessão dos Estados “federados” não está prevista. A autoridade central e preponderante (Conselho) não é tão distinta dos Estados-membros como o é num Estado federal. Falar-se de federalismo seria de um “federalismo às avessas”, em que no topo da organização estaria a estrutura representativa dos Estados, o Conselho e, só mais abaixo, as expressões de unidade federal (Comissão e Parlamento Europeu). A estadualidade da União só é reconhecida a nível da integração do mercado e da

⁷⁶⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira - Implicações Constitucionais da Integração Constitucional e Comunitária. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora. Vol. XLI - n.º 2: (2000), p. 611-619.

⁷⁶¹ CARRERAS SERRA, Francesc - Por Una Constitucion Europea. In Revista de Estudios Politicos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n.º 90: (1995), p. 192-200. Especialmente p. 194-195.

política monetária. De resto, os Estados e os Governos nacionais só aceitam a integração por acharem que o seu próprio poder cresce com ela porque, de facto, ninguém aceitaria transferir poder para o perder⁷⁶². O Federalismo ameaçaria a identidade das Constituições nacionais. O intergovernamentalismo provocaria a marcha atrás, a desintegração da Constituição europeia, de acordo com aquele Professor. Assim, as propostas mais adequadas para resolver este tipo de problemas são do tipo “via original”. Trata-se de uma estrutura política *sui generis*, “sem modelo”⁷⁶³. Neste domínio as hipóteses alternativas mais destacadas seriam duas: a da Federação sem Estado e a da Associação de Estados. A União tem de se contentar com vir a ser ou uma “unidade na pluralidade” (Federação) ou uma “pluralidade na unidade” (Associação)⁷⁶⁴.

Ao contrário, o conceito de Federação de Estados usado já tardia e intuitivamente, entre outros, por Jacques Delors⁷⁶⁵, com sentido mais estratégico do que doutrinário, pode servir como condensador dos reflexos críticos que as tendências “re-nacionalizadoras” haviam suscitado em amplos sectores da doutrina germânica e não só.

Enquanto que o tipo avançado de “associação de Estados” corresponderia a um associativismo mais politizado e institucionalizado do que o da clássica “união de Estados” esticada, a “federação de Estados” seria um federalismo encurtado e, concretamente, sem Estado⁷⁶⁶.

Ainda de acordo com Lucas Pires, quer no caso de Associação quer de Federação, mantém-se o ideal de uma “união cada vez mais estreita entre os povos europeus”, que hoje não é só uma norma do tratado mas uma directriz material de muitas das leis fundamentais

⁷⁶² De acordo com PIRES, Francisco Lucas - **Introdução à Ciência Política**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 87-88. Pode ver-se uma análise a estas posições do Professor Lucas Pires em: RANGEL, Paulo Castro - Uma Teoria da "Interconstitucionalidade". In Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL. Coimbra: Livraria Almedina. Ano I - n.º 2: (2000), p. 127-152, especialmente p. 143.

⁷⁶³ Pode ver-se também BELLAMY, Richard e CASTIGLIONE, Dario - Democracy, Sovereignty and the Constitution of Europe Union: the Republican Alternative to Liberalisme. In BANKOWSKI, Zenon e SCOTT, Andrew (eds.) - “The European Union and Its Order - The Legal Theory of European Integration”. Oxford: Blackwell Publishers, Ltd, 2000, p. 169-191, especialmente p. 169-172.

⁷⁶⁴ Este último conceito (associação de Estados) tem sido objecto de uma intensa elaboração doutrinária depois de o Tribunal Constitucional alemão, na sua conhecida sentença sobre Maastricht (12 de Novembro de 1993), ter qualificado a União Europeia como *Staatenverbund*. Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução à Ciência Política**, cit., p. 89.

⁷⁶⁵ Pode ver-se em PÉREZ TREMPs, Pablo - El Concepto de Integracion ..., cit., especialmente p. 104.

⁷⁶⁶ De acordo com PIRES, Francisco Lucas - **Introdução à Ciência Política**, cit., p. 88-90; Neste sentido também CROISAT, Maurice et QUERMONE, Jean-Louis - **L'Europe et le Fédéralisme** ..., cit., p. 107 e ss., onde se questiona se poderá emergir uma terceira via entre a Confederação de Estados e o Estado federal e que teria por nome Federação de Estados nações.

dos Estados-membros. Para as duas concepções, a União Europeia é mais do que um ente de fins específicos ou determinados e menos do que um Estado, um ente que medeia finalidades gerais e de natureza política, originariamente, porém sem a vocação soberana e totalizante daquele.

No espaço comum destas duas recíprocas alternativas ressalva-se, a ideia de soberania do Estado nacional, aceitando um processo de soberania partilhada ou exercida em comum. Espera-se que qualquer modelação futura da União Europeia implique o reconhecimento a tais entidades de um muito maior peso e proeminência do que a que teriam em qualquer versão do Estado federal.

Podem reconhecer-se diferenças relevantes entre estas duas espécies híbridas de Federação e Associação de Estados. Desde logo, esta última está mais próxima do *statu quo* actual, supondo a Federação ainda um ulterior desenvolvimento qualitativo. De certo modo, a Federação é a “união mais estreita” possível dos Estados-membros, apenas para cá do nível da estadualização. A possibilidade de Federação quadra melhor com a estrutura jurídica das Comunidades. São sobretudo os princípios do primado, do efeito directo e da “preempção” pelo direito comunitário, que inclinam o pêndulo da preferência teórica para a ideia de federação em relação à de associação.

Esta integração das pessoas e dos grupos na ordem jurídica comunitária, por cima dos Estados e, se necessário, contra eles, é obviamente mais pró-federal do que pró-associativa. Um dos autores que se debruçou sobre a mais recente jurisprudência do T.J.C.E., a respeito da posição dos particulares na ordem jurídica comunitária, conclui mesmo que nesse direito “a competência final já está fora dos poderes do Estado-membro” e ele “já encontrou em si próprio, qual ordenamento autónomo, os princípios gerais e os instrumentos que garantem a sua aplicação e ulterior desenvolvimento”.

Por sua vez, não obstante o reconhecimento de uma “colectividade existencial” de cidadãos europeus e de uma vontade “comum”, embora não “geral”, a concepção da União como “associação de Estados” remete ainda a autorização do exercício de poderes soberanos pela União Europeia para os parlamentos nacionais e, em última análise, para as Constituições dos Estados-membros, que subsistem como únicos donos dos tratados.

A federalização adequada, além disso, o conceito histórico do Estado-nação às novas condições de integração regional e de abertura mundializadora.

Segundo um consenso relativamente largo, a União Europeia teria características similares às da fase histórica dos Estados Unidos da América entre 1789 e o fim da guerra civil. A exclusão de um processo de desenvolvimento idêntico a partir da guerra é, porém, essencial à própria natureza, justificação e vocação da União. A circunstância impele, pois, a pensar em termos preferenciais de desenvolvimento federativo, por um lado, mas a afastar, por outro, o processo e a substância da gestação e identificação como Estado.

Se as configurações abstractas da União como Federação ou Associação de Estados são quase a cara e a coroa da mesma moeda ou uma expressão da duplicidade intrínseca da construção, a escolha da melhor adequação da primeira delas à identificação jurídico política da União Europeia prende-se ainda com isso mesmo⁷⁶⁷.

Pitta e Cunha diz que, enquanto os Estados se limitarem a renunciar ao exercício de poderes restritos em proveito de instituições supranacionais e conservarem o “mínimo irreduzível de auto-determinação soberana”, não terá sido atingido o estágio federal, caracterizado pelo desaparecimento do Direito Internacional no plano das relações internas da comunidade. Mas as soluções supranacionais, segundo este Professor, são instáveis e transitórias, assim, ou os Estados recuperam a sua plena independência, regressando às fórmulas clássicas de cooperação, ou cedem o que resta da sua autonomia, resvalando para a solução federal. Mas se o dogma da soberania absoluta deve ser posto de lado, há que reconhecer e aceitar a profunda diversidade dos povos europeus - a divergência de concepções políticas, a disparidade de culturas e de hábitos de vida, as diferenças de aspirações e tradições. As características híbridas das instituições supranacionais actuais e a própria instabilidade da evolução do movimento europeu patenteiam a tensão que existe entre a aspiração à união política dos Estados da Europa e a tendência para a afirmação das soberanias nacionais. “O movimento europeu está ainda longe de alcançar o ponto em que principiará o progresso irreversível no sentido da federação”⁷⁶⁸. Há também quem lembre o ideal federalista que animava, há cinquenta anos atrás, os “pais” fundadores da Europa e que inspira, ainda hoje, certas soluções institucionais⁷⁶⁹.

Diz ainda Pitta e Cunha que, quando em 1930, Aristide Briand propôs na Sociedade das Nações a criação de um “vínculo federal entre os povos da Europa”, estava apenas a

⁷⁶⁷ De acordo com PIRES, Francisco Lucas - **Introdução à Ciência Política**, cit., especialmente p. 90-97.

⁷⁶⁸ CUNHA, Paulo de Pitta e - **Integração Europeia: Estudos de Economia, Política e Direito Comunitário**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1993. Estudos Gerais - Série Universitária, p. 62-63.

⁷⁶⁹ De acordo com DELPÉRÉE, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**, cit., p. 81-82.

delinear uma fórmula de cooperação intergovernamental entre as nações europeias. Daí a sua afirmação de que o acordo sugerido seria realizado no plano da soberania absoluta dos Estados ou que a “federação” seria “suficientemente flexível para respeitar a independência e a soberania nacional de cada um dos Estados”. No projecto de Briand, o termo “federal” estava longe de ser utilizado no sentido rigoroso.

Já na concepção de Monnet-Schuman, a qual está na origem do actual processo de integração europeia, o federalismo é abertamente assumido em termos de transferências de soberania e de constituição, a prazo, do Estado Federal - é a visão dos Estados Unidos da Europa. O ponto de partida era o reconhecimento de que as nações soberanas do passado se haviam tornado demasiado pequenas para o mundo do pós-guerra: teriam deixado de ser o quadro adequado à resolução dos problemas que se lhes deparavam. Daí a construção progressiva da Europa, através de sucessivas delegações de soberania, impulsionada pelo estabelecimento de uma autoridade internacional para gerir o sector do carvão e do aço.

Nesta linha, os governos deveriam preparar-se para proceder à transferência dos “suplementos de soberania” necessários à formação de uma autêntica União Europeia. A concepção federal da integração europeia foi vertida no Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e constituiu o primeiro exemplo do “federalismo de sector”. Embora por vezes se contraponha o modelo desta Comunidade de integração vertical, que seria precisamente caracterizado pela dominante supranacional (independência da Alta Autoridade e papel central desta no processo de tomada de decisões) ao da Comunidade Económica Europeia, onde se reconheceria a dominante intergovernamental, reflectida na supremacia do Conselho de Ministros, em cujo funcionamento, para mais, imperou durante bastantes anos a regra da unanimidade, a verdade é que, não obstante a colocação em surdina da qualificação supranacional, a C.E.E. estava estruturada por forma a gerar certa “dinâmica federal”, a qual com o correr dos tempos se acentuou fortemente⁷⁷⁰.

Continua aquele Professor, dizendo que, de qualquer forma, foi superado o modelo alternativo de integração europeia fundado no intergovernamentalismo, na simples cooperação entre Estados soberanos. Os impulsos federais ou supranacionais na construção europeia têm provindo fundamentalmente de duas origens: a evolução do sistema jurídico comunitário, por via da consagração pelo órgão jurisdicional da visão da supremacia e da

⁷⁷⁰ CUNHA, Paulo de Pitta e - Os Impulsos Federais na Constituição Europeia. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora. XLI - n.º 1: (Dezembro 2000), p. 7-17. Especialmente p. 7.

assimilação do tratado à carta constitucional da Comunidade; as sucessivas revisões dos tratados europeus, em que umas vezes elementos supranacionais se insinuam por forma discreta, outras vezes é dado frontalmente acolhimento à perspectiva federal. Esta última via de “acentuação de traços federais” decorre do Tratado da União Europeia, mercê do qual a integração comunitária atingiu o mais exigente patamar, o da união económica e monetária. Mas, não se tratou apenas da transferência integral do poder relativo à moeda para órgãos supranacionais, há que lembrar ainda entre outros aspectos, a instituição da cidadania da União, o lançamento do processo de co-decisão e a possibilidade de sujeição dos Estados-membros a sanções. Um inesperado traço centralizador parece resultar da advertência dirigida, em 31 de Janeiro de 2000, à Áustria pelos restantes catorze Estados-membros da União Europeia, transmitida pelo Governo do país detentor da presidência - Portugal - no sentido de que, caso determinado partido de extrema direita ingressasse na coligação governamental naquele país, como efectivamente veio a suceder, cada um desses Estados procederia à suspensão dos contactos bilaterais a nível político e diplomático. Configurando-se mais como uma reacção ao estilo da Santa Aliança do que como produto de uma impulsão federal formalizada, a iniciativa dos catorze não deixa de prenunciar um novo plano de redução da soberania dos Estados-membros.

A visão "nacionalizadora", que dominou a criação da federação americana, explica, em grande parte, a relativa facilidade com que se estabeleceu um poder central forte e se conseguiu depois consolidar um Estado-nação relativamente unificado. Ora, estando ausentes da experiência europeia os pressupostos do processo político americano, parece claro que, mesmo que venha a intensificar-se na Europa a dinâmica federal, ela não poderá conduzir à fórmula centralizadora da experiência dos E.U.A.. Em particular, dificilmente os Estados europeus aceitarão despojar-se dos seus poderes até ao ponto em que o fizeram as unidades da federação americana⁷⁷¹.

O processo de integração europeia não se tem desenvolvido segundo os modelos clássicos dos agrupamentos de Estados. A fórmula típica confederal não foi tentada (salvo talvez nas iniciativas francesas dos anos sessenta). A integração europeia demorou décadas até incluir os domínios tradicionais das confederações (política externa e defesa) e, mesmo

⁷⁷¹ No mesmo sentido LOPEZ CASTILLO, Antonio - De Integracion Y Soberania ..., cit., especialmente p. 234.

assim fê-lo à margem dos mecanismos próprios de uma Comunidade centrada nas matérias económicas.

Por outro lado, nas autênticas federações, diferentemente do que se passa nas fórmulas confederais, os Estados-membros, ainda que mantenham poderes substanciais na ordem interna, transferem para o plano do novo Governo central a esfera das relações externas e da defesa. E é o Estado Federal, no seu todo, que é soberano à face do Direito Internacional. Também não se ajusta a esta descrição o processo de construção europeia.

O que há de profundamente original na Comunidade Europeia (e hoje, mais ainda, na realidade mais ampla que é a União Europeia), segundo aquele Professor, é o seu “carácter híbrido, a presença simultânea de elementos atinentes à visão supranacional e à de cooperação intergovernamental”. Estes elementos são oscilantes, porque o processo de integração é evolutivo e dinâmico. Desde o período inicial da C.E.E. eram reconhecidas as “características federais, ou supranacionais, ou centrípetas”, da Comunidade Económica Europeia: a duração ilimitada, a autonomia do aparelho institucional, a participação das instituições na revisão do tratado, a assunção de competências em matérias importantes por efeito da renúncia dos Estados ao respectivo exercício, a detenção de poder legislativo pelas instituições comunitárias, a sujeição dos Estados-membros a decisões tomadas por maioria, o reconhecimento jurisdicional das situações de incumprimento e a existência de poder directo sobre os cidadãos dos Estados europeus.

Por outro lado, notava-se, também, a presença de elementos próprios da cooperação intergovernamental - elementos “confederais” ou centrífugos: a base convencional da Comunidade assente num tratado internacional que os Estados-membros poderiam, a todo o tempo, revogar e, em cujos processos de revisão, são imprescindíveis as ratificações nacionais, a limitação do campo das competências aos domínios especificados no tratado (competências de atribuição), com retenção pelos Estados dos poderes soberanos em todos os campos em que as transferências não se hajam operado (em particular o da política externa e defesa), a incapacidade de o Tribunal de Justiça anular actos dos Estados e o papel dominante dos Estados-membros na formação das normas do direito comunitário derivado.

Qualificando-se os tratados, como o fez, em 23 de Abril de 1986, a sentença *Les Verts-Parti Écologiste*, como a “carta constitucional da Comunidade”, e identificando-se as

normas jurídicas deles derivadas como a “lei interna” da Comunidade⁷⁷², construiu-se, assim, um “sistema federal de direito”. Com o Tratado da União Europeia, as marcas federais registaram, até agora, o seu mais forte impulso. A criação da união económica e monetária abriu nova esfera de acção às instituições comunitárias, inclusivamente pela introdução de novo órgão de vincado carácter supranacional - o Banco Central Europeu - com a particularidade de se tratar, neste caso, de abdicação dos Estados quanto a um dos domínios tradicionalmente ligados ao cerne da soberania, o da moeda. “A originalidade da Comunidade - ligada à presença híbrida de factores federais e factores intergovernamentais - continua bem viva”⁷⁷³.

O futuro federal da Europa fica a depender de eventuais transferências de competências, em matéria de política externa, para o plano supranacional e também da criação de uma verdadeira união económica a partir de substanciais cedências de poderes nos planos orçamental e fiscal. Seriam assim ultrapassadas as bases da simples coordenação de políticas nacionais, nestes campos decisivos para a afirmação da soberania dos Estados.

Não seria de surpreender, assim, que a União Europeia viesse por muito tempo a manter a “estrutura híbrida” de que dimana a sua originalidade, muito provavelmente com “reforço da vertente federal” (pelo menos nas formas mais avançadas de concretização de esquemas de geometria variável), mas sem ir ao ponto de os Estados renunciarem ao controlo que detêm em aspectos vitais, como a aprovação unânime das revisões dos textos convencionais em que se funda a União. A manutenção da exigência de que tal aprovação seja feita por todos os membros indu-los à convicção, aparentemente tranquilizadora, de que continuam a ser os “senhores dos tratados” - convicção que todavia se vai revelando em alguma medida ilusória, atenta a densidade e a difícil reversibilidade dos compromissos implicados na dinâmica da engrenagem da integração europeia⁷⁷⁴.

Outros observam que as Comunidades Europeias tem tendência para adoptar comportamentos institucionais que se inspiram mais no modelo unitário do que no federal.

⁷⁷² Sobre esta sentença pode ver-se: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 311, e PÉREZ TREMPES, Pablo - **Constitución Española** ..., cit., p. 58.

⁷⁷³ De acordo com CUNHA, Paulo de Pitta e - Os Impulsos Federais ..., cit., p. 12-13.

⁷⁷⁴ CUNHA, Paulo de Pitta e - Os Impulsos Federais ..., cit., p. 8-15; No mesmo sentido LOPEZ CASTILLO, Antonio - De Integracion Y Soberania ..., cit., p. 234-235. P. Kirchhof propõe, face a um temível Estado (central) europeu, a ideia de uma Comunidade de Direito entre os Estados europeus. Em *Der Deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration*. In ISENSEE-KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*. Vol. VII, p. 855 e ss.. Citado por LOPEZ-CASTILLO, - De Integracion Y Soberania ..., cit., p. 235, pé-de-página n.º 56.

Desenvolvem formas de integração, de organização e de uniformização que se distanciam de uma construção respeitadora da autonomia dos Estados, sobretudo das colectividades federadas, comportam-se mais como um Estado unitário⁷⁷⁵.

Em suma, o que são as Comunidades Europeias? Podemos talvez dizer que se traduzem numa união cada vez mais estreita entre Estados democráticos e soberanos que num processo, baseado em tratados, vão integrando, de forma assimétrica, diversos âmbitos da sua soberania, sendo que alguns permanecem menos integrados ou até por integrar. Trata-se, como já vimos, de uma entidade com elementos federais na esfera comunitária, em especial nos aspectos institucionais e jurídicos, enquanto noutros âmbitos permanece com características confederais e internacionais, é assim uma estrutura política *sui generis*, como já dizia o Professor Lucas Pires⁷⁷⁶. Mas a existência destes elementos pode permitir, seguindo um processo evolutivo próprio da natureza das Comunidades, abrir as portas para uma integração política e constitucional. O que nos encaminha para a abordagem da existência ou não, actualmente, de elementos constitucionais.

⁷⁷⁵ De acordo com DELPÉRIÉ, Francis - **Le Fédéralisme en Europe**, cit., p. 81-82.

⁷⁷⁶ Já referenciado na III Parte deste trabalho, Capítulo II, ponto 2.3..

PARTE IV

OS ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMUNITÁRIO

Enquadramento da questão

Estado-Nação e Constituição democrática surgem de mãos dadas, em toda a modernidade. Foi através desta “norma das normas” e sede de competência das competências, que a democracia pôde assegurar, ao mesmo tempo, a regulação da liberdade e segurança, alternativa e estabilidade, mudança e ordem, soberania do indivíduo e soberania do Estado.

De acordo com Lucas Pires, Estado-democrático e Constituição atingiram também o seu auge *ex-aequo*, quando serviram de paradigma para as autodeterminações a Leste e a sul do planeta. E foi, também, devido a essa disseminação de ambos por todas as latitudes, que se conseguiu a abertura global chamada mundialização. Assim, a Constituição deixa de ser o fecho e a chave do mundo político-jurídico para resistir sobretudo como seu alicerce e base.

Mas a sua estrutura abala-se quando dos três elementos essenciais do Estado, o território se tornou menos estanque, a população menos exclusiva, a soberania menos indivisível. Não admira, assim, que à escala histórica e planetária o Estado esteja, virtualmente, a passar da potência de Estado à condição de Estado-membro de grandes agregados regionais⁷⁷⁷.

As alterações provocadas pela mundialização e a regionalização, tanto nos aspectos das fronteiras e cidadania, como nos aspectos da moeda e segurança do Estado-nação - para alguns, hoje subordinado e fraccionado -, acabaram por se repercutir duplamente: por um lado, como desafio ao modelo de ordem constitucional nacional (na sua conhecida e

⁷⁷⁷ De acordo com H. Weiler já não haverá, por exemplo, um núcleo de soberania do Estado a opor ou ressaltar da construção europeia. Citado por PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu: Seu Sentido, Problemas e Limites**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 7-9. Pode também ver-se MIRANDA, Jorge - O Direito Constitucional Português da Integração Europeia - Alguns Aspectos. In “Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976”. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 15-63, especialmente p. 20 e ss..

contundente crítica da ideia de Constituição, G. Burdeau⁷⁷⁸ acentuava já que: “o conflito que opõe presentemente a soberania (...) aos imperativos que condicionam o estabelecimento de uma ordem jurídica supra-estatal não é senão um aspecto do rompimento da unidade do sistema jurídico de que é inseparável a noção de Constituição.”), por outro lado, como interpelação constituinte às nascentes unidades de integração supranacional⁷⁷⁹.

Como já vimos, simultaneamente, tendem a formar-se organizações e comunidades internacionais mais amplas e pluralistas, de um tipo novo. Estas comunidades partem de formas de integração económica regional, agora na sua “segunda” fase⁷⁸⁰, mas chegam já a exprimir-se através de formas de cidadania comum que são, de algum modo, o substituto (ainda quase puramente jurídico) de uma ideia de nação, não obstante inexistente a esse nível.

Por outro lado, ainda de acordo com o Professor Lucas Pires, as novas organizações internacionais recebem transferências de poder cada vez mais significativas da soberania dos Estados. Não se trata, porém, de uma mera evolução quantitativa, digamos que a transformação destas organizações internacionais pode mesmo ser caracterizada duplamente, através da conquista de uma natureza marcadamente supranacional e de um certo grau de constitucionalização dos respectivos actos fundadores.

O carácter supranacional destas organizações internacionais significaria, nomeadamente: a apropriação de competências exclusivas; a constituição de órgãos próprios independentes; a capacidade de emitir decisões vinculativas, directamente aplicáveis aos Estados-membros e respectivos cidadãos; a possibilidade de recurso a mecanismos sancionatórios capazes de compelir os Estados-membros a obedecer às respectivas determinações, mesmo quando adoptadas contra a vontade de alguns deles.

A sociedade internacional estaria, no seu conjunto, perante um salto qualitativo a que alguém já chamou “reestruturação supranacional do globo”. De certo modo, a política e o Direito vão atrás da economia e sobretudo da informação, por um lado, para recuperar o processo de desenvolvimento e modernização, por outro, para estabilizar os abalos causados à segurança jurídica e política, por uma mundialização irreversível e célere.

A formação de unidades políticas regionais do tipo das Comunidades Europeias, compreende-se nesse cenário. Ao contrário do que justificou a sua emergência a seguir à

⁷⁷⁸ BURDEAU, G. - Une Survivance: la notion de Constitution. In “L’ Évolution du Droit Public. Études en honneur d’ Áchille Mestre”. Paris, 1956, p. 58.

⁷⁷⁹ PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 11-12.

⁷⁸⁰ O primeiro regionalismo ocorrerá logo a seguir ao pós-guerra. Ver: PORTO, Manuel Lopes - **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias**. Coimbra, 1997, p. 446 e ss..

guerra, hoje os factores exógenos jogam na sua explicação tanto como os factores endógenos; talvez se possa mesmo dizer, como já anteriormente referimos, que se o último século foi o do apogeu da autodeterminação e da emancipação dos povos e nações, o próximo poderá ser o do reagrupamento em grandes espaços⁷⁸¹.

Ora mais uma vez, a Europa é o espaço de vanguarda desta mudança mundial. Claro que o Estado continua a ter um valor fundamental. Só que para ser eficaz precisa de reanalisar as suas funções. É aliás, devido a essa necessidade de enquadramento externo que ganha sentido a fórmula de passagem de Estado-dirigente a Estado-subsidiário.

O Estado continua, de resto, a manter condições estritas sob qualquer transferência de soberania, assim: o objecto será o exercício, não a titularidade do poder soberano, a transferência terá apenas um objectivo limitado e determinado, de maneira expressa, para lá do qual não pode ser exercida, sendo que pode ser revogada. A verdade é que estas condições, mesmo quando formalmente respeitadas, acabam por defrontar-se com uma dinâmica de crescimento dos “poderes implícitos” e de formas de apropriação de competência (por exemplo, o artigo 308.º do T.C.E., anterior artigo 235.º) por parte das organizações supranacionais.

No âmbito das Comunidades Europeias e no que diz respeito ao movimento constitucional, aquele Autor defende que, enquanto as Constituições dos Estados-membros passaram a ter de se preocupar com a busca de uma *Grundnorm* e, em geral, com o “espírito” do seu texto, os tratados institutivos eram chamados para uma “consolidação” constitucional das suas estruturas normativas^{782 783}.

Assim, fala-se cada vez mais de um “Direito Constitucional Internacional”, quer como Direito Constitucional nacional das relações internacionais, quer como Direito Internacional Constitucional⁷⁸⁴, referindo-se a uma emergente Constituição da sociedade internacional, no sentido, apenas mais amplo do Direito Constitucional europeu.

⁷⁸¹ Basta ver os exemplos já referidos na Parte anterior, como a U.E., MERCOSUR, NAFTA, ASEAN, etc..

⁷⁸² Interrogando-se sobre o “preconceito” a favor da estadualidade do Direito e se a *Grundnorm* afinal não estará já para lá da soberania ver: MCCORNICK, Neil - Beyond the Sovereign State. In *The Modern Law Review*, Vol. 56, n.º 1: (Janeiro de 1993), p. 1-18.

⁷⁸³ PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 11-15.

⁷⁸⁴ Segundo Celso de Albuquerque Mello, o pai da designação seria, porém, Mirkine-Guetzévitch que já em 1933 publicara uma obra intitulada “Droit Constitutionnel International”. Citado por PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 17, pé-de-página n.º 14.

Por sua vez, um juspublicista alemão, Peter Haberle, fala de um “Direito Constitucional comum europeu”, implicando a europeização dos próprios direitos constitucionais nacionais. Segundo aquele Autor, estaremos envolvidos em pleno “desenvolvimento da história constitucional europeia”, tratando-se mais de harmonização de princípios da ciência jurídico-constitucional à escala pan-europeia do que um verdadeiro direito comum. Coloca-se a tónica mais numa espécie de teoria da interconstitucionalidade do que num novo constitucionalismo. Pretende-se uma adequada correlação entre as várias Constituições. Consolida-se o património comum adquirido - como o dos direitos fundamentais, da separação de poderes, do princípio da legalidade, do controle da constitucionalidade - e decantam-se princípios comuns emergentes.

Tratar-se-ia de uma “nova fase”, caracterizada pela paralela “europeização” de todos os ramos do direito, na senda de um novo “*jus commune europaeum*” e de uma “comum ciência do direito europeu”. Diz C. Schmitt: “Com o trabalho dos juristas de todos os povos europeus, o direito romano tornou-se um vocabulário comum, língua da comunidade da ciência jurídica, o modelo reconhecido do operar jurídico-conceitual e, desse modo, um *Common Law* lógico-espiritual europeu, sem o qual não teria sido possível sequer a compreensão entre os juristas das diversas nações. O edifício cultural nesse domínio erigido pelo espírito europeu funda-se nesta base comum e é o produto de uma comum ciência do direito europeu”⁷⁸⁵.

Segundo Lucas Pires, esta perspectiva permite evidenciar a dupla fase deste novo “Estado” constitucional europeu, enquanto europeização das constituições nacionais, por um lado, e formação de um nível mais alto e comum de Direito Constitucional, por outro. Afinal, de acordo com este Professor, o próprio Tratado de Maastricht (T.U.E.) remete para as “tradições constitucionais comuns” como fonte de Direito Constitucional comunitário no domínio dos direitos fundamentais - artigo 6.º, n.º 2 (anterior artigo F.)⁷⁸⁶.

Nesta perspectiva, nesta IV Parte iremos tentar apurar se existem, ou não, elementos constitucionais, no seio do Direito Comunitário.

⁷⁸⁵ SCHMITT, C. - **La Condizione della Scienza Giuridica Europea**. Trad. Italiana. Roma, 1996, p. 47. Citado por PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 18.

⁷⁸⁶ Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 17-20, DIEZ-PICAZO, Luis Maria - Reflexiones sobre la Idea de Constitucion Europea. In Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 20, n.º 2: (1993), p. 533-559, especialmente p. 533 e 534.

CAPÍTULO I

A Constituição e as ordens jurídicas

O Estado democrático de direito é um Estado dotado de normas de origem muito diferente: a Constituição e as leis constitucionais criadas pelo poder constituinte originário ou derivado; as normas de Direito Internacional geradas pelo costume internacional (Direito Internacional consuetudinário) ou acordadas pelos sujeitos de Direito Internacional, designadamente os Estados (convenções internacionais); as normas comunitárias produzidas pelos Estados-membros e instâncias comunitárias (normas dos tratados, regulamentos e directivas); as normas internas do Estado criadas pelos órgãos constitucionalmente competentes (leis, regulamentos, estatutos).

Podemos definir ordem jurídica como a globalidade das normas jurídicas vigentes⁷⁸⁷ num determinado Estado e norma jurídica como regra jurídica definidora de um tipo de comportamento ou criadora de esquemas jurídicos para a solução de conflitos.

Diz Gomes Canotilho que as ordens jurídicas contemporâneas são ordens jurídicas plurais. Nelas existem vários ordenamentos jurídicos e uma pluralidade de Direitos.

A ordem jurídica é, pois, um conjunto de normas jurídicas. Mas não se trata de um conjunto qualquer. Ele possui uma certa unidade e uma certa coerência - unidade da ordem jurídica. Este sistema de normas a que chamamos ordem jurídica tem sido tradicionalmente concebido (pelos juristas e defensores da teoria clássica do Estado) como um sistema normativo estatal. Concebe-se, nesta perspectiva, o Estado como o sujeito criador da ordem jurídica. O Estado tem um ordenamento jurídico por ele criado.

⁷⁸⁷ Neste número iremos seguir de perto CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 5.^a ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1126 e ss.. Mas sobre esta questão pode ver-se entre outros: AMARAL, Diogo Freitas de - Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil. *In Themis - Revista de Direito*. Coimbra: Livraria Almedina. Ano I - n.º 1: (2000), p. 9-20; MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional: Actividade Constitucional do Estado**. Tomo V. 2.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 344 e ss.; ASCENSÃO, José de Oliveira - **O Direito - Introdução e Teoria Geral: Uma Perspectiva Luso-Brasileira**. 10.^a ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 37 e ss.; TELLES, Inocêncio Galvão - **Introdução ao Estudo do Direito**. 8.^a tiragem. Lisboa: Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. Especialmente p. 21 e ss.; MACHADO, J. Baptista - **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. 13.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002, p. 31 e ss.; MENDES, João de Castro - **Introdução ao Estudo do Direito**. Lisboa: Danúbio, Lda, 1984, p. 17 e ss.; LIMA, Pires de; VARELA Antunes - **Noções Fundamentais de Direito Civil**. 6.^a ed., revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora Lda, 1973, p. 1 e ss..

Para aquele Professor, uma concepção como esta, em que o ordenamento jurídico é só constituído por normas e as normas são todas criadas pelo Estado, é redutora e unilateral. Em primeiro lugar, não é verdade que o ordenamento seja apenas um conjunto sistematizado de normas jurídicas. Em segundo lugar, é inexacto dizer que o único produtor de normas é o Estado. Em terceiro lugar, não é correcto afirmar a existência apenas de um ordenamento - o ordenamento jurídico estatal.

Como pôs em relevo a teoria dos ordenamentos jurídicos⁷⁸⁸, os grupos organizados (pluralidade de sujeitos) quando se dotam de uma organização estável, que por sua vez, emana normas para regular as relações entre os membros do grupo, de acordo com regras pré-estabelecidas, temos também aí ordenamentos jurídicos. Daí a doutrina referir as três componentes básicas de qualquer ordenamento: pluralidade de sujeitos, organização e normação. As confissões religiosas e as ordens religiosas são ordenamentos jurídicos, as associações profissionais, as autarquias locais e regionais são ordenamentos jurídicos⁷⁸⁹.

A Constituição como norma abrange o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente consagradas num documento escrito (“Constituição escrita ou Constituição formal”) e que apresentam, relativamente às outras normas do ordenamento jurídico, um carácter fundacional e uma primazia hierárquica. A auto-primazia normativa significa que a validade das normas constitucionais não deriva de outras normas com dignidade hierárquica superior. Pressupõe-se, assim, que a Constituição, formada por normas democraticamente elaboradas e aceites (legitimidade processual democrática) e fundadas em princípios básicos de justiça (legitimidade material), é portadora de um valor normativo formal e material superior.

O carácter das normas constitucionais como “normas de normas” ou fonte primária da produção jurídica implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem o fundamento, quer do ponto de vista positivo quer negativo, das normas inferiores. Como determinantes negativas, as normas constitucionais constituem um limite relativamente às normas de hierarquia inferior; como determinantes positivas, as normas constitucionais determinam, parcialmente, o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre as

⁷⁸⁸ Ver: SANTI ROMANO - *L’Ordinamento Giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*. Pisa: Spoerri, 1918. Citado por CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional* ..., cit., p. 1126 e ss..

⁷⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional* ..., cit., p. 1126 e ss..

normas constitucionais e as normas ordinárias, mas também uma verdadeira compatibilidade material.

Como norma primária sobre a produção jurídica, a Constituição tem três importantes funções: identifica as fontes de direito do ordenamento jurídico português; estabelece os critérios de validade e eficácia de cada uma das fontes; determina a competência das entidades que criam normas de Direito positivo.

Assim, as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que constitui o fundamento de validade das restantes normas, as normas da Constituição afirmam-se como fonte de produção jurídica de outras normas, o que implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição (artigo 3.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa). O referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior - princípio da hierarquia - e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia - princípio da constitucionalidade.

A concepção de normas constitucionais como normas sobre a produção jurídica significa, ainda, que o ordenamento constitucional é um supra-ordenamento relativamente aos outros ordenamentos jurídico-territoriais.

O ordenamento constitucional constitui o ordenamento superior que: unifica o ordenamento estadual e os ordenamentos autonómicos e locais; estabelece a hierarquia entre as normas dos vários ordenamentos (por exemplo: artigos 112.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alíneas a) e b), e 241.º).

De acordo com a doutrina dominante, a expressão “força normativa da Constituição” pretende significar que a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efectividade e aplicabilidade.

De acordo com Pereira Menaut, todas as Constituições escritas são, pelo menos formalmente, soberanas. A supremacia é, de certo modo, inerente ao constitucionalismo.

De certa forma, a distinção entre o Direito Constitucional e não constitucional deixa de fazer sentido, pois qualquer lei emana da Constituição, de cima para baixo, caso contrário, não é Direito. Assim, mais tarde ou mais cedo, uma nova Constituição acaba por originar um novo sistema jurídico. A Constituição implica a reconstrução de todo um sistema jurídico e até de um discurso jurídico.

Outra ideia que aquele Autor defende é a de que a Constituição se transformou na única fonte do Direito. Não é apenas a norma legislativa suprema, é também a pedra angular, a base e simultaneamente o vértice da pirâmide de normas, o compêndio e a chave de todo o Direito possível: decisões dos tribunais, princípios jurídicos, regras jurídicas, equidade e direito natural (se subsiste algum). O sistema jurídico torna-se normativista e a norma escrita constitui o elemento básico e indiscutível. O sistema jurídico hoje em dia engloba, real ou potencialmente, todo o direito imaginável e caracteriza-se por ser completo, lógico, coerente e auto-suficiente⁷⁹⁰.

No entanto, o Direito, num Estado, tem agora vários parceiros concorrentes: o Direito Constitucional que continua a reivindicar a primazia normativa; o Direito Comunitário que reclama o estatuto de lei superior, inclusive em relação ao Direito Constitucional; os princípios gerais de direito e as Declarações de direitos, nacionais ou transnacionais.

Em relação a esta questão, diz também Gomes Canotilho que a Constituição desempenha ainda a função de ordem jurídica fundamental da comunidade. Contudo, a Constituição e a ordem jurídica nacional transformaram-se em ordem jurídica fundamental parcial, no âmbito da União Europeia. A Constituição é agora a Constituição de um Estado-membro da Comunidade Europeia. Com este sentido, ela continua a ser uma norma superior. Assim, por exemplo, perante normas do ordenamento internacional que toleram a pena de morte ou normas do ordenamento comunitário que desprezam a proibição do *lock-out* como pressuposto do direito ao trabalho, a Constituição pode e deve erguer-se como ordem e norma de uma esfera de justiça indiscutível dentro da comunidade jurídica portuguesa⁷⁹¹.

A relevância da Constituição como fonte de conhecimento das normas de Direito positivo estende-se às próprias normas de Direito Internacional e de Direito Comunitário. A existência de vários ordenamentos superiores - constitucional, internacional e comunitário - obriga, hoje, a uma articulação mais complexa do que a requerida por uma estrutura da ordem jurídica centrada no Direito interno do Estado. De qualquer modo, mesmo aqui, a definição do cosmos normativo terá de ser feita a partir da própria Constituição.

⁷⁹⁰ Por exemplo, os americanos sentem-se à vontade com a heterogeneidade e o pluralismo de jurisdições e de fontes jurídicas: o Direito francês em Louisiana, o antigo Direito espanhol no Novo México, o Código Civil espanhol ainda em vigor em Porto Rico. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - A Constituição como Direito: A Supremacia das Normas Constitucionais em Espanha e nos EUA. In Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora. LXXV: (2000), p. 219-277, especialmente p. 227 e p. 241.

⁷⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 1129 e ss..

Existem problemas relacionados com a unidade do sistema jurídico e com a articulação das várias fontes de direito. Em geral, dizia-se que a Constituição representava o vértice de um sistema de normas construído sob a forma de pirâmide jurídica que, na sua globalidade, formava a ordem jurídica. Este modelo não consegue, hoje, captar o relevo jurídico do Direito Internacional e do Direito Comunitário. Não há um vértice com uma norma superior: no escalão superior situam-se vários ordenamentos superiores - ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário - cuja articulação oferece dificuldades, sobretudo quando algum desses ordenamentos disputa a supremacia normativa ou, pelo menos, a aplicação preferente das suas normas e princípios⁷⁹².

Um elemento que caracteriza a actual ordem jurídico-constitucional quanto às fontes de direito é, de acordo com Gomes Canotilho, a sua abertura à ordem normativa internacional (artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa). O Direito Internacional geral e o Direito Internacional convencional fazem parte integrante do direito português, observados que sejam os requisitos constitucionalmente exigidos.

O Direito Comunitário, depois da integração de Portugal na Comunidade Económica Europeia, tem relevância crescente no ordenamento jurídico interno. A Comunidade Europeia constitui uma associação específica, à qual foi atribuído um poder originário supranacional, sendo uma das manifestações mais importantes deste poder a competência normativa. Daí a importância desta nota: o ordenamento estadual abre-se a fontes de direito supranacionais, alterando-se o monopólio estadual de criação do direito⁷⁹³.

O constitucionalismo nacional assenta, ainda hoje, nas seguintes premissas: soberania de cada Estado, que conduz, no plano externo, a um sistema de relações horizontais interestaduais e, no plano interno, à afirmação de um poder ou supremacia dentro de determinado território e que concretamente se traduz no exercício de competências soberanas (legislativas, judiciais e administrativas); particular centralidade da Constituição interna como documento manifesto de soberania e de independência de cada Estado perante os outros; aplicação do Direito Internacional na ordem interna sem a sua conversão ou adaptação pelas leis do Estado; consideração das “populações” ou “povos” permanentemente residentes num território como “povo do Estado” que só nele, através dele e com submissão a ele, poderão adquirir a sua nacionalidade.

⁷⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 688 e ss..

⁷⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 698.

Há, no entanto, traços caracterizadores de um constitucionalismo global que são os seguintes: o sistema jurídico-político internacional baseia-se não apenas nas clássicas relações horizontais entre Estados mas no novo paradigma que se centra nas relações entre Estado/povo; a emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente consagrados em declarações e documentos internacionais; a tendência para elevar a dignidade humana a fundamento de todos os constitucionalismos. Este novo paradigma não está ainda em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional. Acrescenta o Professor Gomes Canotilho que este modelo ainda permanece como elemento básico das relações internacionais, mesmo que, noutros sectores, se avance decididamente na globalização e transnacionalização (por exemplo: nas relações económicas)⁷⁹⁴.

Terá de reconhecer-se que o poder constituinte soberano, criador das Constituições, está hoje longe de ser um sistema autónomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional (ver o artigo 7.º da Constituição da República Portuguesa) exige a observância de princípios materiais de política e Direito Internacional tendencialmente informadores do Direito Constitucional interno.

⁷⁹⁴ De acordo com aquele Professor, de qualquer forma, “o recorte cada vez mais exigente de um Direito peremptório ou imperativo internacional (*jus cogens*) sugere a ideia, cada vez mais sufragada pelos cultores de Direito Internacional, de o poder constituinte dos Estados, e consequentemente, das respectivas Constituições nacionais, estar hoje vinculado por princípios e regras de Direito Internacional peremptório. (...) como patamar superior da ideia de Direito Internacional peremptório - mas com grandes reticências, ainda, jurídicas e políticas dos Estados - entende-se a transformação deste Direito em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional”. Ver: **Direito Constitucional** ..., cit., p. 1351 e ss..

CAPÍTULO II

O constitucionalismo e os principais sentidos de Constituição: a Constituição em sentido formal e em sentido material

A noção de Constituição é uma das noções jurídicas mais complexas e susceptível de definições divergentes. É uma noção aparentemente simples mas, teoricamente, há tantas definições possíveis como Estados no mundo. Com efeito, cada Estado dispõe de uma Constituição em sentido lato, isto é, de um conjunto de regras que o organizam. Na maior parte dos Estados, a doutrina desenvolveu a sua própria definição da noção de Constituição. Tal definição é produto da história constitucional, da cultura jurídica nacional e do Direito Constitucional em vigor⁷⁹⁵. Entre nós, a doutrina tem vindo a definir Constituição como um conjunto de normas e princípios jurídicos fundamentais que definem a estrutura, os fins e as funções do Estado, bem como a organização, titularidade, exercício e controle do poder político. Existem desde logo duas perspectivas de acordo com as quais pode ser encarada a Constituição: uma perspectiva formal, em que se atende à posição das normas jurídicas e ao modo como se articulam e recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico, normalmente inseridas num texto escrito elaborado por um órgão com poderes específicos, de acordo com um processo próprio; e uma perspectiva material, em que se atende ao seu objecto ou ao seu conteúdo, quando se delimita a matéria com dignidade constitucional⁷⁹⁶.

Atendendo à função da Constituição como estatuto jurídico do político, ela oferece-se como Constituição em sentido institucional⁷⁹⁷ ou material. Pode reservar-se o termo

⁷⁹⁵ Sobre a evolução do conceito de Constituição e seus sentidos pode ver-se: GERKRATH, Jörg - **L'Emergence d'un Droit Constitutionnel pour l'Europe**. Bruxelas: Editions de l' Université de Bruxelles, 1997, p. 31 e ss.; LUCAS VERDÚ, Pablo - Reflexiones En Torno Y Dentro Del Concepto de Constitucion. La Constitucion Como Norma Y Como Integracion Politica. In *Revista de Estudios Politicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.º 83: (1994), p. 9-28; BERNHARDT, Rudolf - As Fontes do Direito Comunitário: A "Constituição" da Comunidade. In Comissão das Comunidades Europeias (org.) - "Trinta anos de Direito Comunitário". Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 73-87.

⁷⁹⁶ Ver: SOUSA, Marcelo Rebelo de - **Direito Constitucional I - Apontamentos Policopiados**. Lisboa: Faculdade de Direito, 1979, p. 41.

⁷⁹⁷ Como conjunto de normas fundamentais sobre a estrutura do Estado, Estado enquanto instituição que perdura para além dos governantes e governados. Ver: MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional: Constituição**. Tomo II. 4.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 13-14.

Constituição institucional para a Constituição do primeiro momento e o termo Constituição em sentido material para a Constituição do segundo momento. Na primeira aceção, a Constituição é um conjunto de normas fundamentais sobre a estrutura do Estado, escritas ou não. A segunda aceção é mais abrangente e completa, incluindo a Constituição em sentido institucional.

Usando o termo Constituição circunscrito a uma concepção escrita e formal, de acordo com Afonso Vaz, podemos defini-la como o documento que contém as normas fundamentais de um Estado, texto jurídico superior, donde decorrem e retiram validade todas as leis comuns ordinárias⁷⁹⁸.

Acrescenta ainda o referido autor que, todo o Estado, pela circunstância de o ser, tem uma Constituição. É essencial à afirmação de um Estado (sociedade politicamente organizada) um conjunto de normas que lhe conferem uma certa ordenação fundamental. Mas a Constituição não se reduz a um estatuto de organização e limitação do poder e, embora não perca essa intenção, pretende ser a ordenação fundamental da vida da comunidade. A Constituição deixa de ser um mero texto legal especial, contendo um mecanismo de organização e limitação do poder, para se tornar num sistema de valores político-jurídicos aceites pela comunidade.

Assim, as tarefas atribuídas à Constituição do Estado contemporâneo são: construção da unidade política e construção da unidade jurídica da comunidade. Ela pretende encontrar o ponto de equilíbrio entre a complexidade social expressa na diversidade de interesses e ideias, e a unidade exigida pela realização de uma ordem justa. Para Smend, a Constituição do Estado é “um plebiscito quotidianamente renovado”.

Cabe, pois, à Constituição a tarefa de ordenação jurídica da comunidade. Neste sentido, a Constituição afirma-se como “norma das normas” e isto, não apenas por estabelecer os órgãos competentes, regular o processo de criação e modificação das normas jurídicas e fixar as relações entre os vários tipos de normas, mas também por condensar os valores jurídico-políticos fundamentais, que servem de critério de validade e aplicação do direito público e privado.

⁷⁹⁸ Ver: VAZ, Manuel Afonso - **Direito Económico: A Ordem Económica Portuguesa**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 57, também FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa - La Corte di giustizia quale elemento essenziale nella definizione di Costituzione europea. In Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Milano: Giuffrè Editore. N.º 3/4: (1996), p. 221-239, especialmente 221-223.

Diz Gomes Canotilho que “o político é tendencialmente total” e a Constituição, como expressão jurídica do político, não lhe retira essa natureza. Para Afonso Vaz, essa ideia só é aceitável dentro dos seguintes limites: um Estado democrático concretiza as opções do povo-eleitorado sem que, no entanto, possa pôr em causa os fundamentos da sua própria legitimidade, ou seja, a autonomia do indivíduo e da sociedade - o que implica respeitar o princípio do postulado democrático, os direitos das oposições e o das minorias ⁷⁹⁹.

Diz ainda Gomes Canotilho que, por vezes, o uso de Constituição como documento transporta já dimensões “valorativas”, ou porque se trata de um documento com determinadas características “formais” (exemplo: procedimento constituinte específico para a sua criação ou alteração) ou porque estamos em face de uma lei escrita com um conteúdo específico.

Em rigor, o que é que faz parte da Constituição? Estarão todas as regras jurídicas dotadas de valor proeminente incluídas no texto da Constituição? Só as regras que estão dentro do documento constitucional terão “valor constitucional”? E todas as regras inseridas num texto formalmente considerado Constituição serão, por si só, regras verdadeiramente constitucionais? Estas interrogações bastam para realçar um primeiro e importantíssimo ponto: aquilo que vamos designar por *corpus* da Constituição não é um dado, mas um problema. Consideramos *corpus* constitucional o conjunto de materiais normativos que formam a Constituição.

Temos assim várias hipóteses:

- O *corpus* constitucional é constituído só pelo texto formalmente criado com o valor de Constituição;
- O *corpus* constitucional é constituído não só pelo texto constitucional mas ainda por outros materiais normativos não formalmente integrados no texto da Constituição;
- O *corpus* constitucional é constituído apenas por uma parte das regras incluídas no texto da Constituição.

Poder-se-ia dizer que o *corpus* constitucional é todo o texto constitucional, ou seja, todo o conjunto de regras inseridas no documento constitucional e nada mais do que isso ⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ VAZ, Manuel Afonso - **Direito Económico** ..., cit., p. 57-78. Ver sobre esta última questão Baptista Machado - **Administração, Estado e Sociedade**, 1980, cap. II, p. 134-137.

⁸⁰⁰ Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 1114 e ss..

O alargamento do *corpus* constitucional a regras consuetudinárias poderá justificar-se em nome do carácter aberto do sistema constitucional no qual se poderão desenvolver usos institucionais, isto é, actos ou factos materiais compreendidos como comportamentos juridicamente vinculativos. O *corpus* constitucional está aberto a regras constitucionais não escritas, resultantes quer do costume, quer da interpretação do texto constitucional. Pretende-se, por vezes, excluir da Constituição certas normas que, embora inseridas no texto, não são normas materialmente constitucionais. O problema é agora um problema de exclusão: nem tudo o que está no texto constitucional merecerá, em rigor, a dignidade formal da Constituição.

O problema suscitado pela “redução” do *corpus* constitucional é, além de não haver critérios seguros para se distinguir entre o que é verdadeiramente constitucional e o que não é, não se poder reconhecer ao intérprete o direito de “desconstitucionalizar” (a não ser em termos teóricos ou dogmáticos) aquilo que o legislador constituinte democrático “constitucionalizou”. Além disso, a admitir-se a existência de normas só formalmente constitucionais (isto é: têm a forma de norma constitucional mas não regulam matéria com dignidade constitucional) haveria o risco de quebrarmos a unidade normativa da Constituição. Por isso, todas as normas da Constituição têm o mesmo valor, todas as normas inseridas no texto constitucional fazem parte do *corpus* constitucional.

A “abertura” do *corpus* constitucional a regras constitucionais não escritas - quer as derivadas de uma formação consuetudinária quer as derivadas da interpretação do texto constitucional - aponta para uma outra ideia importante: o Direito Constitucional é um “direito vivo”, é um “direito em acção” e não apenas um “direito nos livros”. Precisamente por isso, existe um Direito Constitucional não escrito que, embora tenha na Constituição escrita os fundamentos e limites, completa e desenvolve o Direito Constitucional escrito⁸⁰¹.

Hoje, na prática, encontramos fora da Constituição normas que tratam da limitação do poder e da garantia da liberdade individual. Algumas delas são, inclusivamente, tomadas em consideração pelos órgãos que têm como tarefa o controle da constitucionalidade, fazendo assim parte do chamado bloco de constitucionalidade⁸⁰².

⁸⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 1114 e ss..

⁸⁰² Sobre esta posição ver: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Universitario Sur Santiago de Compostela, 2001, p. 148 e ss..

A fim de realçar a “imbricação” necessária entre a Constituição escrita e a Constituição vivente, a doutrina fixa o conceito de Constituição material. De acordo com Gomes Canotilho, entende-se por Constituição material (seguindo as sugestões de uma cultura constitucional fortemente radicada - a italiana) o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva) e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria Constituição escrita⁸⁰³.

Assim, a Constituição em sentido material abrangerá todas as normas que versem matéria com dignidade constitucional, tais como: as normas que regulam as matérias directamente vinculadas à garantia básica da liberdade, as que reconhecem e garantem os direitos individuais e as que organizam os poderes básicos do Estado.

Mas quais as matérias que devem ser inseridas numa Constituição? Quais os critérios orientadores para qualificar certos assuntos ou certas matérias como conteúdo necessário de uma Constituição?

As Constituições não são sistemas fechados, antes se apresentam como conjuntos abertos à evolução ou desenvolvimento. Em termos absolutos não há uma reserva de Constituição. Nos tempos mais recentes, a reserva de Constituição é abordada em sede da teoria da justiça a partir da ideia de dimensões constitucionais essenciais. Esta essência constitucional é constituída pelos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político (poderes do legislativo, do executivo e do judicial, princípio da regra maioritária) e pelos direitos de liberdade e igualdade básicos do cidadão que as maiorias legislativas devem respeitar⁸⁰⁴.

De acordo com aquele Professor, por último, não deve esquecer-se que a Constituição não é apenas um “texto jurídico” mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo. Precisamente por isso, a reserva de Constituição deve estar aberta aos temas do futuro como o problema da responsabilidade e solidariedade intergeracional (ambiente, dívida pública, segurança social), o problema da sociedade de informação, o problema do emprego, o problema da ciência e técnica e das suas refacções na pessoa humana (biotecnologia, tecnologias genéticas), o problema das empresas multinacionais e do seu incontrolado poder

⁸⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 1104 e 1103, também pode ver-se em FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa - *La Corte di giustizia quale elemento essenziale* ..., cit., p. 221-223.

⁸⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 1105.

político, o problema da droga e do potencial existencialmente aniquilador, o problema da queda demográfica nuns casos e da explosão demográfica noutros⁸⁰⁵.

Cancela Outeda acrescenta que uma norma materialmente constitucional adquire reconhecimento formal quando é considerada como tal por um tribunal constitucional ou por um órgão semelhante⁸⁰⁶.

De acordo com Jorge Miranda, como requisitos de existência de uma Constituição em sentido formal temos: intencionalidade na formação, consideração sistemática e força jurídica própria. Conexo com este sentido de Constituição, aquele Professor fala também em Constituição em sentido instrumental, como o documento onde se inserem as normas constitucionais. Em sentido amplo, a Constituição em sentido instrumental será todo e qualquer texto constitucional, seja ou não Constituição em sentido formal. Em sentido mais estrito, é o texto chamado Constituição e aqui depende sempre da existência de uma Constituição em sentido formal. O interesse daquele sentido só avulta quando, conexo com o sentido formal, o papel da Constituição instrumental é o de tornar patente a qualificação de certas normas como constitucionais⁸⁰⁷.

Parece que para o exame dos elementos constitucionais no Direito Comunitário o enfoque material será mais frutífero do que o formal, dando uma especial importância à prática político-constitucional em detrimento dos textos normativos.

Acrescente-se também que, relacionadas com estes sentidos de Constituição, temos duas formas de a conceber as quais, de acordo com Pereira Menaut, correspondem aos dois grandes modos de conceber o Direito privado e as suas fontes, isto é, a concepção anglo-saxónica e a europeia-continental⁸⁰⁸.

De acordo com Cancela Outeda, a ideia de Constituição como limitação do poder político é inglesa, o arranque do constitucionalismo encontra-se na Inglaterra do século XVII, no marco das lutas entre os defensores das teses absolutistas e as velhas doutrinas medievais

⁸⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 1114 e ss..

⁸⁰⁶ CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 148 e ss..

⁸⁰⁷ Serve também para uma melhor análise ou caracterização das circunstâncias históricas concretas de aparecimento e de vigência da Constituição em cada Estado. Ver: MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional: Constituição**, cit., tomo II, p. 34 e ss..

⁸⁰⁸ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - **Lecciones de Teoría Constitucional**. 3.^a ed.. Madrid: Constitución y Leyes, S.A. - Colex, 1997, p. 23.

inglesas vinculadas ao *Common Law*, existindo uma estrita vinculação entre o constitucionalismo e o liberalismo entendido em sentido amplo⁸⁰⁹.

Assim, em Inglaterra surgiu e desenvolveu-se uma concepção constitucional diferente da que se produziu no Continente e que se propagou aos países que estiveram sob a sua influência⁸¹⁰. A Constituição concebia-se como um instrumento para a satisfação de necessidades políticas quotidianas e concretas, não como um catálogo em que se plasmam valores universais. A Constituição não está codificada, ou seja, formalmente não aparece recolhida num único documento sistematizado, está dispersa por vários textos. Se distinguirmos entre Constituições escritas e não escritas todas se situam na primeira classificação com excepção da do Reino Unido. No entanto, não é correcto afirmar que é uma Constituição não escrita uma vez que se encontra formalizada em diferentes documentos como a *Magna Carta* (1215), a *Petition of Rights* (1628) e o *Bill of Rights* (1689), etc.⁸¹¹. Concretamente, a Constituição inglesa surge das leis mais importantes emanadas pelo Parlamento britânico ou por sua delegação (*Statutes* e *Orders in Council*), da *Common Law*, dos *Custom* (como, por exemplo, a prerrogativa real), das *Conventions* e, hoje, de certas normas das Comunidades Europeias. Já dizia Wheare, “não podemos admitir que exista algum país, nem o Reino Unido, que tenha um sistema de governo enraizado unicamente em normas escritas ou somente em normas não escritas”⁸¹². De acordo com Pereira Menaut, será mais adequado distinguir entre Constituições codificadas e não codificadas, isto é, recolhidas num único documento sistemático, completo, formalmente disposto como uma lei⁸¹³. Dentro desta mesma área constitucional, a Constituição dos Estados Unidos oferece outro exemplo de

⁸⁰⁹ Ver: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 142 e ss.; PEREIRA MENAUT Antonio-Carlos - **Lecciones de Teoría** ..., cit., p. 47-50. Sobre o liberalismo pode ver-se, por exemplo: ABELLÀN, Joaquín - Liberalismo clásico (de Locke a Constant). In ANTÓN MELLÓN, Joan (ed.) - “Ideologías y movimientos políticos contemporáneos”. Madrid: Tecnos, 1998, p. 13-45 e RYAN, Alan - Liberalism. In GOODIN, Robert; E.-PETIT Philip - “A Companion to Contemporary Political Philosophy”. Oxford: Blackwell Publishers, 1993, p. 291-311.

⁸¹⁰ Na área jurídica anglo-saxónica a proposta de codificação não foi seguida, assim, por exemplo: no Canadá, o Tribunal Supremo numa sentença, de 1981, sobre a “repatriação” da Constituição canadense afirmou que: “uma parte considerável das regras da Constituição canadense está escrita. Não as encontramos num único documento escrito chamado Constituição, mas sim num grande número de leis das quais algumas foram aprovadas pelo parlamento de Westminster, como a Lei da América do Norte Britânica, de 1867, ou pelo Parlamento do Canadá como a Lei de Alberta, a Lei *Saskatchewan*, a Lei do Senado e da Câmara dos Comuns ou por Parlamentos provinciais como as leis eleitorais provinciais. Encontramo-las também nas *orders in council*, como a de 1871 que admitiu a Ilha do príncipe Eduardo na União. Outra parte da Constituição do Canadá é formada por regras de *Common Law*. Estas são as regras que os tribunais vão elaborando ao longo dos tempos no exercício das suas funções judiciais (...)”.

⁸¹¹ CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 145.

⁸¹² Ver: WHEARE, K. C. - **Las Constituciones modernas**. 2.ª ed.. Barcelona: Labor, 1975, p. 20.

⁸¹³ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - **Lecciones de Teoría** ..., cit., p. 32.

Constituição escrita não codificada que, de acordo com o Professor Cancela Outeda, tem muito interesse para o estudo constitucional da União Europeia⁸¹⁴.

Daqui resultam dois aspectos: por um lado, uma certa relativização da Constituição codificada, por outro, a negação de que a Constituição seja obra de um único poder constituinte, isto é, admite-se a existência de uma pluralidade de fontes das quais emana a Constituição.

Devemos também destacar o papel desempenhado pelos juízes e tribunais no desenvolvimento do Direito Constitucional, permitindo dizer que são Constituições judicialistas. Também nas Comunidades Europeias, muitos dos seus princípios derivam do trabalho do Tribunal de Justiça. Em síntese, este modelo de inspiração anglo-saxónica caracteriza-se por ser amplo, aberto, flexível e pluralista, como tal, de acordo com Cancela Outeda, mais adequado para compreender uma eventual realidade constitucional europeia⁸¹⁵.

A concepção europeia-continental parte também do liberalismo e, como tal, pressupõe a limitação do poder. Segundo esta, a Constituição é um conjunto de normas estabelecidas de uma forma total, exaustiva e sistemática que estabelecem as funções fundamentais do Estado e regulam os órgãos, o âmbito da sua competência e as relações entre eles. Formalmente a Constituição é uma lei, uma “super lei” diferente das demais, quer pelo procedimento seguido na sua elaboração, quer pelo processo específico da sua revisão. Teoricamente existe uma única fonte da qual emana a Constituição - o poder constituinte. A Constituição é uma norma que trata de regular a produção das restantes normas que integram o ordenamento jurídico, quer fixando os requisitos formais a observar quer instituindo os órgãos para a sua produção. De acordo com Kelsen, o fundamento último da Constituição e, como tal, do ordenamento jurídico, reside na chamada *Grundnorm* ou norma fundamental. A Constituição é o paradigma da totalidade do Direito, existindo um controle de conformidade das normas infraconstitucionais, muitas vezes a cargo de um Tribunal Constitucional. Diz Cancela Outeda que uma eventual Constituição Europeia não parece aspirar a converter-se na norma fundadora do Direito dos Estados-membros⁸¹⁶.

De acordo com esta concepção, contrariamente à anterior, a matéria constitucional esgota-se no texto constitucional, é um sistema fechado, rígido e monista (existe uma única fonte constitucional).

⁸¹⁴ CANCELA OUTEDA, Celso - *El Proceso de Constitucionalización* ..., cit., p. 146.

⁸¹⁵ CANCELA OUTEDA, Celso - *El Proceso de Constitucionalización* ..., cit., p. 154.

⁸¹⁶ CANCELA OUTEDA, Celso - *El Proceso de Constitucionalización* ..., cit., p. 154 e ss..

CAPÍTULO III

Elementos constitucionais essenciais

Pereira Menaut considera as Constituições documentos relacionados com a separação de poderes, com a primazia do Direito e as liberdades do cidadão, mais do que com a regulação das fontes do direito.

O processo de centralização da União Europeia segue a um passo mais rápido do que o americano ou alemão no século XIX, já para não falar do canadiano. Uma questão que não deve ser esquecida é a de saber se a expansão do Direito comunitário originará um contexto jurídico pluralista ou se favorecerá, a longo prazo, um novo monismo de alcance continental. O mesmo Autor acha a segunda hipótese pouco provável⁸¹⁷.

A noção de Constituição não é uma definição acabada, nem unanimemente aceite, no entanto, pode dizer-se que não trata apenas de organizar a comunidade política, mas também de fazê-lo de modo a que a liberdade fique assegurada. Para essa limitação contribuem tanto os direitos fundamentais e a separação de poderes como a participação dos cidadãos no exercício do poder⁸¹⁸.

⁸¹⁷ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - A Constituição como Direito: A Supremacia das Normas Constitucionais em Espanha e nos EUA. In Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Coimbra Editora. LXXV: (2000), p. 219-277, especialmente p. 221.

⁸¹⁸ Sobre este tema em geral pode ver-se, entre outros: CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2002; MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional: Preliminares o Estado e os Sistemas Constitucionais**. Tomo I. 6.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1997, especialmente p. 11 e ss.; CAETANO, Marcello - **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992; SOUSA, Marcelo Rebelo de - **Direito Constitucional I - Apontamentos Policopiados**. Lisboa: Faculdade de Direito, 1979; SEARA, Fernando Reboredo; CORREIA, José de Matos; PINTO, Ricardo Leite - **Ciência Política e Direito Constitucional**. Lisboa: Universidade Lusíada, 1995; NOVAIS, Jorge Reis - **Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional. Apontamentos policopiados**. Porto, 1990; LASSALLE, Ferdinand - **O que é uma Constituição política?** Porto: Editora Nova Crítica, 1976.

1. Direitos e liberdades fundamentais

Trata-se, sem dúvida, de um elemento constitucional clássico que figurava entre as primeiras reivindicações do movimento constitucionalista. É um elemento nuclear da Constituição. Hoje, é ideia assente que toda a Constituição deve conter uma declaração formal de direitos. Esses direitos podem ser concebidos como direitos, liberdades e garantias, isto é, como direitos negativos, que correspondem a esferas de liberdade do cidadão e nas quais o Estado não pode intervir, mesmo porque estes são superiores e anteriores a ele, são inalienáveis, como tal, o Estado não faz mais do que os reconhecer e proteger, trata-se de direitos de defesa do cidadão perante o Estado. São direitos do homem individualmente considerado. Podem também ser concebidos como direitos do indivíduo perante os outros indivíduos ou como direitos de participação política, sendo o mais importante destes o direito de sufrágio ou de voto, que condiciona o reconhecimento de outros direitos. Uma outra categoria de direitos são os direitos sociais ou de prestação. Estes englobam os direitos económicos, sociais e culturais e são concebidos como direitos positivos, isto é, exigem prestações por parte do Estado para se efectivarem.

Nas Comunidades Europeias, as suas Instituições propuseram-se desde o início a respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos. Logo em 1950, foi assinada a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, alterada em 1963, 1966, 1985 e 1996. Em diversas ocasiões, a Comunidade aderiu a tratados internacionais de tutela dos direitos do homem, o Tratado da União Europeia refere-os expressamente no artigo 6.º. Para além disso, o Tribunal de Justiça, através das suas sentenças, já os tinha introduzido no Direito Comunitário, dotando-os de protecção jurídica. Finalmente, em Nice, a 7 de Dezembro de 2000, foi aprovada a Carta Europeia de Direitos fundamentais, em convenção entre os representantes dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados-membros, com a participação de representantes da Comissão, do Parlamento Europeu e dos Parlamentos nacionais, em situação de igualdade. Não se trata ainda de um documento

vinculativo para os Estados-membros mas trata-se de um passo importante nesta matéria e no sentido de uma futura Constituição Europeia⁸¹⁹.

2. Separação de poderes

A separação de poderes é outro elemento, indiscutivelmente, constitucional. Encontram-se manifestações históricas deste princípio já em Aristóteles e Platão, nas magistraturas de Roma, no Estado estamental, mas só com o processo de luta do constitucionalismo liberal é que surgiu a ideia de divisão de poderes como repartição, juridicamente operada, das várias funções do Estado, pelos seus diferentes órgãos. Assim, a separação de poderes nasceu num contexto histórico determinado e com uma finalidade específica: limitar o poder absolutista que pretendia instaurar a monarquia. A noção da divisão de poderes pode ser concebida como um mecanismo constitucional que se destinou a impedir a concentração absolutista do poder e a garantir a liberdade dos cidadãos.

Um dos principais teorizadores deste princípio foi Montesquieu que na sua obra “*De l’Esprit des Lois*”, de 1748, defendia a divisão de poderes como um obstáculo natural ao abuso, estabelecendo que cada poder se desdobrava em duas faculdades: a faculdade de estatuir e a faculdade de impedir. Procurou assegurar uma forma de Estado equilibrada, no entanto, inicialmente, no Estado de Direito liberal foi mal interpretado e, na prática, verificou-se uma separação de poderes de carácter mecanicista, isto é, a cada órgão a sua função sem qualquer colaboração entre eles, mas com a supremacia da função legislativa. Com a mudança para o Estado Social e Democrático de Direito, verificaram-se alterações na forma de

⁸¹⁹ Pode ver-se: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Universitario Sur Santiago de Compostela, 2001, p. 172 e ss.; PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo da Constituição da União Europeia. In *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique - Departamento de Publicações. N.º 6, (2001), p. 9-44, p. 19; MIRANDA, Jorge - Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Parecer Breve. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra Editora. XLI - n.º 1, (Dezembro 2000), p. 17-23 e MEDEIROS, Rui - A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português. In “Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976”. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 227-293.

conceber os diferentes elementos constitucionais, dado o novo papel atribuído ao Estado, aquele princípio sofreu alterações, tendo sido superado o carácter mecanicista, passou a ser entendido como um processo que visa uma divisão racionalizada e integrada de funções com o fim de evitar a concentração ou o exercício arbitrário do poder. Verifica-se uma progressiva diluição das fronteiras entre as esferas dos poderes legislativo, executivo e judicial: institucionalização de iniciativa legislativa e de competência legislativa própria e delegada do Governo; o Parlamento invade os domínios da política e da administração que eram, tradicionalmente, do Governo, através da aprovação de leis-medida, formalmente leis, mas materialmente actos administrativos, com conteúdo individual e concreto; o poder judicial controla também o Parlamento declarando a inconstitucionalidade das leis, e o Executivo, considerando nulos os actos ilegais.

Em definitivo, a separação de poderes na sua formulação clássica está superada, mas o que é inadmissível constitucionalmente é a concentração do poder, nesta perspectiva a Constituição aposta na dispersão do poder entre várias instituições⁸²⁰.

No âmbito da União Europeia, as diferentes Instituições participam em grau variável nas diferentes funções, sem esquecer que esta separação funcional convive com outra de tipo territorial, o que ajuda à limitação do poder europeu⁸²¹.

3. O princípio da participação dos cidadãos no exercício do poder

Inicialmente, um dos objectivos primordiais da Constituição era a preservação da liberdade individual, mas progressivamente ela veio a adquirir uma outra dimensão, não menos importante: a democrática. Os direitos fundamentais e a própria divisão de poderes só estarão cabalmente realizados e protegidos num regime democrático (o princípio democrático afirma-se como dimensão essencial do Estado Social e Democrático de Direito), desde logo porque, sem o reconhecimento total dos direitos políticos, a esfera de autonomia individual

⁸²⁰ CANCELA OUTEDA, Celso - *El Proceso de Constitucionalización* ..., cit., p. 177 e ss..

⁸²¹ Sobre este tema pode ver-se, entre outros: MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional* ..., cit., tomo I. CAETANO, Marcello - *Manual de Ciência* ..., cit.; SEARA, Fernando Reboredo; CORREIA, José de Matos; PINTO, Ricardo Leite - *Ciência Política e* ..., cit.; NOVAIS, Jorge Reis - *Contributo para uma Teoria* ..., cit., e do mesmo Autor *Tópicos de Ciência Política* ..., cit..

ficaria necessariamente amputada e também porque a margem de actuação e o alcance dos restantes direitos fundamentais são totalmente diferentes num quadro democrático ou num quadro autoritário. Assim, em termos gerais, a Constituição consagra a legitimação do poder político, a participação dos cidadãos na vida política e nas decisões, bem como o controle e a responsabilidade política dos governantes.

O processo de democratização que se iniciou no século XIX veio até aos nossos dias e, progressivamente, generalizou-se a atribuição dos direitos políticos, sobretudo do direito de voto que inicialmente era censitário e mais tarde se tornou universal, livre, igual, secreto e directo, e aprofundaram-se e consolidaram-se as regras da democracia política, desde a livre eleição de uma assembleia representativa de todos os cidadãos e a legitimação democrática de todos os órgãos do poder, ao reconhecimento do pluralismo partidário, do direito de oposição, do princípio da alternância democrática, com eleições periódicas, bem como dos direitos de participação política.

Assim, hoje em dia oferece-se aos cidadãos a possibilidade de participar, de controlar e de exigir responsabilidades pela actuação do poder político. Democracia não equivale a poder onipotente da maioria, mas sim a governo da maioria com respeito pela minoria.

Como muitas das vezes o exercício da democracia directa não é possível, os cidadãos participam, indirectamente, no exercício do poder político, mediante a eleição directa dos seus representantes, dando origem à democracia representativa⁸²².

De acordo com Cancela Outeda, em relação à União Europeia, a vigência deste princípio é amplamente questionada e daí que se fale reiteradamente em défice democrático⁸²³.

⁸²² Sobre o tema, entre outros: MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional** ..., cit., tomo I; CAETANO, Marcello - **Manual de Ciência Política** ..., cit.; SEARA, Fernando Reboredo; CORREIA, José de Matos; PINTO, Ricardo Leite - **Ciência Política e** ..., cit.; NOVAIS, Jorge Reis - **Contributo para uma Teoria** ..., cit., e do mesmo Autor **Tópicos de Ciência Política** ..., cit..

⁸²³ Ver: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 183 e ss.

4. Outros elementos da Constituição

De acordo com Pereira Menaut, para além do conteúdo habitual da Constituição (a separação de poderes, direitos e liberdades, entre outros) que acabamos de referir, as Constituições, hoje em dia, incluem grupos de disposições reguladoras de questões económicas (frequentemente referidas como “Constituição económica”), questões jurídicas (“Constituição jurídica”) e, de forma menos acentuada, de questões sociais e culturais. Por exemplo, a Constituição portuguesa, apesar da sua grande “Constituição económica”, não possui uma “Constituição jurídica” comparável à espanhola^{824 825}.

O Direito Comunitário exerce um efeito directo e prevalece sobre as leis dos Estados-membros, pelo que vincula os juízes nacionais e, desta forma, ameaça a supremacia da Constituição e do seu supremo intérprete, normalmente, o Tribunal Constitucional. A Constituição, embora em geral bem sucedida, tem algumas secções que provavelmente entrarão em desuso, como as relativas a questões sociais e económicas. O dogma da auto-suficiência da Constituição, e até do sistema jurídico no seu conjunto, é cada vez menos evidente.

Pode fazer-se um breve apanhado dos principais aspectos até aqui analisados: o positivismo jurídico; a supremacia constitucional, sendo a Constituição a fonte jurídica suprema; o respeito pela soberania; o monismo e o Direito Constitucional enquanto compêndio de todo o tipo de Direito; a natureza pura e técnica do direito; a coerência e o princípio da legalidade.

Pereira Menaut é a favor de Constituições “abertas”, a bem do realismo, segundo ele, seria sensato, num mundo pós-moderno, reconhecer que as normas, mesmo constitucionais, não podem conter todo o Direito. Quanto ao futuro, independentemente do rumo que a União Europeia venha a tomar, a sua “Constituição”, por assim dizer, e os seus regulamentos têm primazia e efeito directo sobre todos os Estados-membros e precedência sobre as

⁸²⁴ De acordo com aquele Autor quanto à Constituição espanhola pode ver-se o Preâmbulo e os artigos 1.º, n.º 1; 9.º, n.º 1; 9.º, n.º 3; 10.º, n.º 2; 25.º, n.º 1; 53.º; 81.º a 91.º; 96.º; 103.º; 105.º e 106.º; 117.º e 118.º; 123.º; 149.º e 161.º, bem como a Primeira Cláusula adicional e as últimas Cláusulas de Revogação, § 3. Na opinião do Autor é mais fácil pretender que todo o sistema jurídico é criado pela Constituição quando a *Magna Carta* incorpora uma “Constituição jurídica” deste tipo. Ver em PEREIRA MENAUT, António Carlos - A Constituição como Direito ..., cit., p. 230-233.

⁸²⁵ Ver: PEREIRA MENAUT, António Carlos - A Constituição como Direito ..., cit., p. 222-233.

Constituições nacionais. Do mesmo modo, o Tribunal Constitucional deixou de ser a nossa instância última quando se trata de Direito Comunitário. Até os tribunais ordinários nacionais têm de aplicar as leis europeias em detrimento das nacionais, quaisquer que estas sejam. Assim sendo, o Autor tem sérias dúvidas que hoje possa continuar a sustentar-se o princípio da supremacia absoluta da Constituição. O melhor enfoque para estudar o constitucionalismo (não estatista, aberto, realista e com pluralidade de fontes jurídicas) é também, *mutatis mutandis*, o melhor para estudar o constitucionalismo da União Europeia⁸²⁶.

⁸²⁶ PEREIRA MENAUT, António Carlos - A Constituição como Direito ..., cit., p. 233-273.

CAPÍTULO IV

Será que já existe uma Constituição Europeia?

A União Europeia e o seu Direito colocam muitos e importantes problemas, como temos vindo a analisar, e um deles continua a ser o saber se nos encontramos perante uma união de Direito Constitucional ou, pelo contrário, perante uma mera união contratual. Existe ou não uma verdadeira Constituição da Europa unida? Há Autores como Manuel Medina ou o Magistrado Gil Carlos Rodríguez⁸²⁷ que afirmam a existência de uma Constituição Europeia, muitos outros encontram razões para se oporem a tal afirmação. Assim, os que negam a sua existência, o que constitui uma maioria, de um modo geral, alegam que a União não é um Estado ou/e que não existe um povo europeu; pelo contrário, os que admitem a sua existência ou a identificam com os tratados ou recorrem à jurisprudência do Tribunal de Justiça para extrair parte do seu conteúdo. Desta polémica podemos deduzir que existem diferentes perspectivas teórico-constitucionais sobre a União Europeia.

Começando por analisar a perspectiva dos primeiros, ou seja dos que negam a sua existência, verificamos que um dos obstáculos principais à admissibilidade da Constituição Europeia traduz-se no facto de se conceder primazia à Constituição em sentido formal, relativamente à Constituição em sentido material, pelo que, para que exista uma Constituição o que é realmente importante é que exista um documento solene denominado como tal e onde estejam recolhidas as normas consideradas como hierarquicamente superiores e fontes do restante ordenamento jurídico. A este obstáculo acrescem outros como a associação entre Estado e Constituição, da qual deriva que só se possa falar de Constituição quando exista um Estado com os seus elementos típicos: poder, povo e território. A questão do povo também se pode traduzir num obstáculo, pois, nesta perspectiva só ele terá capacidade para elaborar uma autêntica Constituição, porque é quem detém o poder constituinte⁸²⁸.

⁸²⁷ MEDINA, M. - **La Comunidad Europea y sus principios constitucionales**. Madrid, 1973 e **Hacia una Constitución europea**. Valladolid, 1995; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C - La Constitución de la Comunidad Europea. In Notícias de la CEE, n.º 100: (1993).

⁸²⁸ CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Universitario Santiago de Compostela, 2001, p. 279 e ss..

No fundo, o que sobressai nesta polémica é saber se os tratados podem reconduzir-se ou não ao conceito liberal-burgês de Constituição, que é sem dúvida aquele que continua a gozar de uma vigência plena e universal. O certo é que as estruturas políticas, sociais e económicas que a Lei Fundamental é chamada a regular são bem distintas das que existiam quando apareceu aquele conceito de Constituição. No entanto, pode entender-se que estes se apresentam como novos factos aos quais a Constituição tem de fazer frente para poder levar a cabo a sua função. E, efectivamente, assim vai acontecendo, mediante a introdução de transformações na própria Constituição que lhe permitam adequar-se à nova realidade social subjacente e, deste modo, assegurar a sua vigência⁸²⁹.

Em número anterior já analisamos os elementos constitucionais que são clássicos e ainda hoje se mantêm como essenciais, para que se possa falar na existência de Constituição. Assim, a garantia dos direitos fundamentais e a separação de poderes continuam a ser, como já afirmava solenemente o artigo 16.º da Declaração de Direitos de 1789, requisito imprescindível para que possamos falar de Constituição. Sem separação de poderes e sem direitos fundamentais não há Constituição. Hoje em dia, de acordo com a maior parte da doutrina, nenhum documento pretende apresentar-se como uma Constituição Europeia. Esta constatação deve-se a vários factos que passaremos a enumerar.

1. A Negação da sua existência

1.1. Poder Constituinte

Javier Ruipérez aborda a questão da integração europeia com base na teoria do poder constituinte. Não há Constituição na Europa e para que haja tem que dar-se um processo constituinte, mas nem qualquer documento é Constituição, e aquele processo carece de requisitos, se pretende ter carácter constituinte⁸³⁰. A União Europeia implica uma institucionalização que pode expressar-se num texto jurídico, mas para que este tenha o

⁸²⁹ RUIPÉREZ, Javier - *La “Constitución Europea” Y La Teoría Del Poder Constituyente*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, S. L., 2000, p. 83-85.

⁸³⁰ RUIPÉREZ, Javier - *La “Constitución Europea”* ..., cit., p. 14. Sobre o tema em geral pode ver-se: GERKRATH, Jörg - *L'Emergence d'un Droit* ..., cit., p. 259 e ss..

carácter de Constituição tem também de ter determinadas características. Javier Ruipérez considera que no processo de integração europeia não podemos falar ainda de Constituição nem de Federação. Ambas requerem a existência de um poder constituinte. E não existe, hoje, esse facto que permita a realização de um contrato social europeu. Não há um povo europeu, mas povos dos Estados-membros e por isso não é possível falar-se, hoje, de um pacto federal nem de um Estado federal europeu.

Javier Ruipérez assinala, ainda, que nos encontramos perante uma união de Estados edificada sobre uma cidadania comum e sobre os princípios do constitucionalismo moderno, isto é, encontramos-nos na fase de construção da confederação. Tal união não está destinada a converter-se num ente estatal, mas pode constituir o definitivo ponto de chegada de um processo de integração. A Europa tem de ser vivida mais intensamente pelo cidadão desde a sua Constituição nacional, só assim surgirá a tão citada “Europa dos cidadãos”. A Europa tem de converter-se em tema “constitucional” num duplo sentido: no de estado constitucional e no de supra-estatal no sentido da Constituição “nascente” da União Europeia. Só esta forma de proceder de dupla via pode fazer avançar a Europa⁸³¹.

Para que possa falar-se de um autêntico Estado constitucional é necessário que o documento de governo seja expressão da vontade de um Povo que se sabe soberano e que, por ele mesmo, se entende como único sujeito legitimado para decidir como quer ser governado. O Povo, e só ele, aparece como o titular de um poder absoluto, soberano e ilimitado no conteúdo da sua vontade, em virtude do qual vai organizar politicamente o Estado com a aprovação da Constituição.

O povo ou a Nação afirma-se como o único sujeito titular da soberania do Estado. E é, justamente, por esta circunstância que o povo, como colectividade soberana que é, pode impor a sua vontade aos cidadãos individualmente considerados e, em definitivo, aprovar, estabelecer e sancionar a Constituição.

Importa advertir que com a materialização deste pacto social pretende-se fundar ou criar o próprio Estado, mas que pode também ter lugar em Estados já criados. Com efeito, o momento do pacto social, necessariamente, terá de ter lugar quando se verifiquem situações de ruptura, violentas ou não violentas. Na primeira conjuntura, o pacto social tem a dimensão de acto fundacional do próprio Estado. Na segunda, por seu lado, este traduz-se na ratificação do desejo dos cidadãos de manterem-se unidos na mesma comunidade política, se bem que

⁸³¹ RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 13-18.

agora, articulada com base em outros princípios e valores, aos quais o povo soberano vai dar expressão normativa na nova Constituição, rompendo com a situação jurídica anterior⁸³².

A primeira interrogação que coloca a assimilação dos tratados institutivos no âmbito da teoria constitucional é a da existência do poder constituinte comunitário.

De acordo com Llopis Carrasco, Direito Comunitário originário é o resultado do poder constitutivo de Direito Internacional, pelo que os tratados não procedem de um método constitucional. A sua origem encontra-se numa convenção internacional entre Estados soberanos regida, em princípio, pelo Direito Internacional, pelo que se pode pôr em questão o seu carácter de norma suprema, pois a sua legitimidade procede da que lhe outorgam as Constituições nacionais habilitantes. Para além do mais, os tratados não têm o carácter “constitutivo” da maioria das “cartas fundamentais”, cuja intenção confessada é criar as bases da organização política no seio de uma dada sociedade e, sobretudo, não incluem uma declaração de direitos e liberdades individuais.

Sobre aquele aspecto, Lucas Pires também manifestou que é impossível identificar um verdadeiro poder constituinte comunitário, porque falta, desde logo, o portador originário de uma consciência comum, pelo menos suficientemente una e forte para se transformar em projecto constitucional. Entende que de facto há povos europeus, mas não há “um” “povo europeu” e, como tal, não prevê a possibilidade de conceber uma “vontade geral” quanto mais a de a transformar em acto constituinte, o que, segundo este Autor, será uma “vontade geral” superlativa⁸³³.

Duverger⁸³⁴ assinala que o poder constituinte na União Europeia é absurdo, por ser exercido segundo procedimentos de negociação diplomáticos, “antidemocráticos”, já que os representantes do povo não intervêm, e “ineficaz”, pois um só Estado pode bloquear todo o processo.

⁸³² Ver: RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 104 e ss..

⁸³³ Ver em: PIRES, Francisco Lucas - A Caminho de Uma Constituição Política Europeia? In *Análise Social*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Vol. XXVII, n.ºs 118-119: (Agosto de 1991), p. 725-737, especialmente p. 734, no mesmo sentido DIAS, João Pedro Simões - **O Conselho Europeu e a Ideia da Europa**. Aveiro: Fedrave, 1995, p. 356.

⁸³⁴ Segundo LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional Básica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 206.

De acordo com Constantinesco⁸³⁵, a Comunidade seria a tensão entre a ordem interna federal (meta final da construção comunitária) e a ordem internacional (ponta de partida - e talvez de chegada - desta mesma construção).

A Comunidade Europeia é, com efeito, diferente de uma organização internacional clássica, mas também de um Estado federal. Como já vimos, poderemos afirmar que constitui uma nova categoria jurídica *sui generis* cuja arquitectura final se desconhece por agora.

A dificuldade principal da construção europeia radica, evidentemente, em que, contrariamente às federações históricas, a Europa deve ser construída a partir de Estados-Nação preexistentes, ciosos da sua soberania.

Além do mais, o T.C.E. não comporta, diferentemente das Constituições federais, sectores inteiros e homogéneos (defesa, moeda, justiça, educação, etc.) atribuídos à ordem jurídica central. O que se atribui a esta e aos seus órgãos é uma série de “acções a levar a cabo” e “funções a realizar” para alcançar o mercado interno e pôr em marcha diversas políticas comuns, tais como a U.E.M., etc.. Para além disso, um poder constituinte não existe, claramente definido, nos tratados nem é atribuído a qualquer órgão⁸³⁶.

Podemos perguntar porque é que a Comunidade Europeia se reivindicaria sujeito de uma Constituição, enquanto que na ordem internacional esse fenómeno não se dá. De acordo com Llopis Carrasco, a resposta é simples: no Direito Internacional não existe Constituição porque tão pouco existe uma verdadeira organização política nem a intenção que chegue a existir. A comunidade internacional é por definição descentralizada, não possui órgãos específicos de criação e aplicação de normas e os Estados permanecem como os seus sujeitos quase exclusivos⁸³⁷.

Não se pode negar que existem analogias entre a ordem jurídica comunitária e o fenómeno constitucional. Além disso, fazer referência ao processo de “constitucionalização” desta ordem jurídica não implica necessariamente que se assimilem os tratados a uma Constituição estatal, e, neste sentido, a questão da natureza jurídica das Comunidades Europeias permanece em aberto.

⁸³⁵ LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea** ..., cit., p. 206

⁸³⁶ De acordo com Pereira Menaut basta ver os artigos 4.º, 48.º e 52.º do T.U.E. e 313.º do T.C.E. para constatar este facto. Ver em: Convite ao Estudo ..., cit., p. 18.

⁸³⁷ À diferença do Estado moderno, a sociedade internacional tem sido comparada com um sistema político primitivo, tanto pela falta de órgãos directivos como pela limitada especialização dos actores internacionais. Ver: LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea** ..., cit., pé-de-página n.º 431 das p. 208-209.

Os tratados assumem progressivamente as características de uma lei superior - noção inerente a toda a Constituição. Hoje, os tratados institutivos não têm por que ter necessariamente um carácter pré-constituente. Atendendo à origem dos tratados, devemos recordar que a Comunidade Europeia não foi concebida pelos seus Estados-membros como uma entidade de natureza estatal. O objectivo dos tratados não era criar um Estado-Nação à escala europeia, mas sim algo novo. Encontramo-nos perante um sistema em que o poder está organizado em círculos concêntricos e não num sistema piramidal fortemente hierarquizado. Só se se tender a um modelo federal é que poderá ter sentido falar de processo constituinte.

Aliás, com esta intenção de caracterização progressiva dos tratados comunitários como “Constituição” da União não pode perder-se de vista que a Comunidade Europeia, como organização política, não prossegue uma universalidade de fins, o que constitui um sério obstáculo para apontar o T.C.E. como “Constituição comunitária”⁸³⁸.

José Martín y Pérez de Nanclares⁸³⁹ recorda a conhecida pergunta de Üllrich Everling: “(...) são os Estados donos dos tratados?” No sentido de estabelecer um momento a partir do qual o sistema comunitário se inclinaria na balança, do lado internacionalista para o Estado federal. E também recorda a resposta do autor alemão: “os Estados continuarão a ser donos e senhores dos tratados enquanto sejam os depositários do poder constituinte e possam decidir, por ele, até à possibilidade de dissolução das Comunidades Europeias”.

É evidente que até agora os cidadãos europeus não expressaram, mediante um acto constituinte, a sua vontade de dotar-se de uma organização política própria, pelo que, até agora não houve um verdadeiro processo constituinte comunitário.

Em conclusão, pode afirmar-se que, enquanto não haja um acto constituinte, não poderá falar-se de “Constituição” para nos referirmos à União Europeia⁸⁴⁰.

⁸³⁸ LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea** ..., cit., p. 207-212.

⁸³⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. - Necesitaba Unión Europea una Constitución? Reflexiones entorno a una discusión casi estéril. In Boletín Europeo de la Universidad de Rioja, Suplemento (Maio 1997), p. 13-21.

⁸⁴⁰ LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea** ..., cit., p. 207-219.

1.2. Direitos e Liberdades

Como já vimos, no âmbito da União Europeia existem alguns documentos jurídicos relativos a direitos fundamentais. Neste âmbito geográfico aprovaram-se a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, a Carta Social Europeia de 1961, e, finalmente, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989. Tão pouco pode ignorar-se que existem referências normativas à Convenção de 1950 no Acto Único Europeu, que foram ratificadas, em 1992, pelo Tratado da União Europeia, no sentido de que os direitos reconhecidos por esta Convenção serão respeitados pela União Europeia, isto não obstante, de modo paradoxo, a União, como entidade política diferenciada dos seus membros, não tenha aderido à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Nenhum destes textos é reconduzível às declarações de direitos de um verdadeiro Estado constitucional. O seu valor é, em rigor, o mesmo daquele que gozam as declarações internacionais de direitos que actuam como elementos para a interpretação das normas constitucionais declarativas de direitos, mas que não têm, por elas mesmas, o carácter de norma jurídica vinculante e directamente aplicável. De acordo com Javier Ruipérez, esta situação não resultaria preocupante se a União/Comunidade Europeia se tivesse limitado a configurar-se como uma Confederação do tipo clássico, uma vez que é uma ideia geralmente aceite na doutrina que a Confederação não tem por destinatários directos das suas normas os cidadãos dos diversos Estados que a integram, mas sim estes últimos. Desta forma, essa esfera de liberdade individual absoluta, de que falavam os primeiros liberais, não necessitava de ser protegida perante a actuação do poder central, mas pelo contrário, perante a dos órgãos das colectividades particulares. Nesta perspectiva, não seria estranho que, quando historicamente se procedeu à elaboração, discussão, aprovação e sanção da norma fundamental pela qual a Comunidade se ia reger, os seus autores não tenham prestado atenção à problemática da identificação e determinação de quais eram os direitos que assistiam aos cidadãos e que essa tarefa tenha sido deixada aos diferentes constituintes estatais.

O problema surge porque a construção da Europa unida ultrapassou, de certa forma, os esquemas próprios da forma de Confederação, dando lugar, a uma nova manifestação estrutural que tem como uma das suas principais características a de que as suas decisões, qualquer que seja a forma que aquelas revistam, afectam de maneira directa os indivíduos e

não apenas os Estados. É neste contexto onde justamente se nota a falta da existência de uma tabela de direitos, na qual, em definitivo, se identifique, claramente, quais são os direitos que tem o cidadão em relação à própria União Europeia, e nas suas relações com os demais⁸⁴¹.

Para Pereira Menaut e alguns outros, os direitos e liberdades estão relativamente desenvolvidos, há muito tempo que não se reduzem a quatro liberdades de conteúdo económico. As Comunidades beberam da Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e dos princípios e fontes constitucionais dos seus membros, dos quais a Alemanha foi quem mais contribuiu para o desenvolvimento dos direitos e liberdades⁸⁴².

De acordo com Javier Ruipérez, a conclusão a chegar é clara. Na medida em que não existe um poder constituinte europeu e que, por isso mesmo, não pode falar-se de uma verdadeira Constituição Europeia, resulta evidente que qualquer tabela de direitos fundamentais que se aprove no marco da União/Comunidade Europeia não será mais do que uma declaração internacional de direitos fundamentais, a respeito da qual continuarão a apresentar-se os mesmos problemas que hoje existem em relação, por exemplo, à Convenção Europeia de Direitos Humanos, para conseguir a sua eficácia real e assegurar a sua protecção. Em definitivo, a virtualidade real dos direitos continuará dependendo, como até hoje, dos distintos Estados e não da nova entidade política supranacional⁸⁴³.

Também como já referimos, em Nice, a 7 de Dezembro de 2000, foi aprovada a Carta Europeia de Direitos Fundamentais⁸⁴⁴. No entanto, não se trata ainda de um documento vinculativo para os Estados-membros mas de um passo importante nesta matéria e no sentido de uma futura Constituição Europeia⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ De acordo ainda com Javier Ruipérez, as Declarações de Direitos, por seu lado, conheceram também uma profunda alteração, tanto desde um plano quantitativo, como desde o qualitativo. Assim, encontramos um aumento dos direitos reconhecidos nos textos constitucionais e numa evolução imparável, procedeu-se à constitucionalização, a par dos típicos direitos liberais e democráticos, dos “direitos sociais” cuja finalidade não é outra a não ser garantir ao cidadão condições mínimas para poder desenvolver a sua existência de uma maneira plena. Ver em RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 86-87 e 141 e ss..

⁸⁴² Ver em: PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea** ..., cit., p. 19.

⁸⁴³ RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 155.

⁸⁴⁴ Foi aprovada, em convenção, entre os representantes dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados-membros, com a participação de representantes da Comissão, do Parlamento Europeu e dos Parlamentos nacionais, em situação de igualdade.

⁸⁴⁵ Pode ver-se: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 172 e ss.; PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - **Convite ao Estudo** ..., cit., p. 19; MIRANDA, Jorge - **Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Parecer Breve**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora. XLI - n.º 1: (Dezembro 2000), p. 17-23 e MEDEIROS, Rui - **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o**

1.3. Separação de poderes e sistemas de governo

Diz Pereira Menaut que, as Comunidades Europeias deixam muito a desejar no que respeita à divisão de poderes, o único poder devidamente separado e atribuído a uma instituição adequada é o poder judicial. A dispersão dos poderes das Comunidades é bastante maior do que na maioria dos seus Estados-membros. Decompondo os poderes da clássica divisão, podem considerar-se como principais órgãos, de um ponto de vista constitucional, o Conselho Europeu, o Conselho de Ministros, a Comissão, o Parlamento, os dois Tribunais - entre os quais, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é, em certa medida, como um tribunal constitucional - o Comité das Regiões, o Provedor de Justiça e o Banco Central Europeu.

Hoje em dia, a concentração de poderes em poucas mãos será mais difícil de acontecer nas Comunidades do que nos seus Estados-membros. No entanto, os tratados não garantem a separação de poderes, só contêm algumas referências à atribuição separada de funções a cada um dos poderes, assim os diversos poderes estão dispostos da seguinte forma: no que se refere ao poder legislativo encontra-se repartido entre a Comissão, o Conselho e o Parlamento; o poder executivo pertence, em princípio, à Comissão, ainda que possa ser exercido pelo Conselho, em certos casos concretos; o poder judicial pertence ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

De acordo com o mesmo Autor, o sistema de governo resultante desta peculiar e insatisfatória divisão de poderes seria um parlamentarismo com tanto de peculiar como de mutilado, ou, melhor, pouco desenvolvido. Só há relações de censura e de confiança entre o Parlamento e a Comissão, e o Presidente desta não depende do Parlamento. Essas relações de censura e confiança, além de serem limitadas, só se dão entre o Parlamento e a Comissão, juntamente com um certo controlo parlamentar sobre a segunda, por via das perguntas e do poder de investigação. Os Conselhos Europeu e de Ministros estão numa posição tão elevada que, praticamente, não podem, ser controlados pelo Parlamento e as relações que o

Parlamento mantém com eles são tão escassas que não são significativas de nenhum sistema de governo em particular⁸⁴⁶.

Diz Javier Ruipérez que, no moderno Estado de partidos, o princípio da divisão de poderes já não pode apresentar-se como a confrontação entre os poderes legislativo, executivo e judicial, uma vez que todos eles estarão ocupados pelos mesmos sujeitos: as associações políticas partidistas. Ora bem, isto não significa que este princípio tenha deixado de existir. O que acontece é que hoje se apresenta mais como a relação dialéctica entre partidos políticos, ou seja, como o diálogo entre as forças políticas que hoje ganharam as eleições gerais, mas que amanhã podem perdê-las, e o partido ou partidos que perderam hoje, podem resultar nas forças maioritárias seguintes⁸⁴⁷.

1.4. O povo europeu

Pereira Menaut entende que não existe, nem tem, necessariamente, que existir um povo da União em sentido político, nem é uma condição para a existência de uma Constituição. Para que existisse um povo, seria necessário alcançar um nível de integração social e cultural demasiado uniformizador. A cidadania da União Europeia não tem necessariamente de produzir um povo europeu. E recorda que a formação de um povo homogéneo e único para cada comunidade política foi um aspecto do processo de construção dos Estados, que se situou em torno da Revolução francesa⁸⁴⁸.

Para Jean-Victor Louis, a identidade dos Estados-membros deve preservar-se porque, ainda que existam povos europeus, não existe um povo europeu. Para evitar este obstáculo, propõe uma dupla legitimidade para a construção europeia: uma indirecta, através dos Estados-membros e outra directa, associando os povos através dos seus Parlamentos nacionais e do Parlamento Europeu⁸⁴⁹.

Mas, pode recordar-se que autores como Jellinek ou Heller observaram que pode afirmar-se que todo o Estado ou, melhor ainda, toda a colectividade humana politicamente

⁸⁴⁶ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 17-18.

⁸⁴⁷ Ver: RUIPÉREZ, Javier - **La "Constitución Europea"** ..., cit., p. 88.

⁸⁴⁸ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 19 e 20.

⁸⁴⁹ Segundo LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea** ..., cit., especialmente pé-de-página n.º 448, da p. 215.

organizada conta com uma Constituição e só poderá falar-se de Constituição em sentido moderno quando é o próprio povo que a estabelece e sanciona⁸⁵⁰.

Também Araceli Mangas diz que é óbvio que não há um povo europeu, mas sim povos dos Estados-membros e que por isso as Comunidades Europeias continuam a ter uma natureza internacional. No entanto, acha que existem elementos para pensar que esse povo se está a formar e que essa coesão se vai efectuando: a existência de formações sociais, empresariais e políticas europeias cada vez mais organizadas e coesas, os próprios processos eleitorais para o Parlamento Europeu ou as inovações em matéria de direitos eleitorais e a criação da cidadania da União permitem pensar, segundo aquele Autor, na formação embrionária de um povo europeu⁸⁵¹.

Talvez convenha, no entanto, tratar de averiguar se, na medida em que existe um documento chamado “Projecto de Constituição”, nasceu ou vai nascer um único povo europeu que, como tal, se converta em titular da soberania. Sobre esta questão diz Javier Ruipérez que o segundo momento do processo constituinte é o do pacto social. Este pacto social não se verificou no que é hoje a União/Comunidade Europeia. O europeísmo concretizou-se no desejo de estabelecer, sim, uma unidade jurídica, política e, sobretudo e antes de tudo, económica, entre os distintos Estados europeus, mas, conservando a sua individualidade como unidades de decisão e acção política, e isto é o realmente relevante. O problema colocar-se-á de uma maneira mais concreta quando se fala já de projecto de Constituição Europeia. Francesc de Carreras, que de algum modo coincide com García de Enterría, parte da consideração de que o Projecto *Herman* aprovado pela Comissão Institucional do Parlamento Europeu, em 10 de Fevereiro de 1994, desenha uma Constituição em sentido formal (enquanto tem carácter de futura norma jurídica suprema e rígida), uma vez que, desde o ponto de vista do conteúdo - na tradição do famoso artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - garante os direitos fundamentais e estabelece um sistema de divisão de poderes⁸⁵².

⁸⁵⁰ Segundo RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 89.

⁸⁵¹ MANGAS MARTÍN, Araceli - Las Funciones de la Unión. Análisis del sistema de fuentes y de la elaboración y control del cumplimiento de las normas en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea. In OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 157-173.

⁸⁵² CARRERAS SERRA, F. - Por una Constitución Europea. In Revista de Estudios Políticos, n.º 90: (1995), p. 205 e GARCÍA de ENTERRÍA - El Proyecto de Constitución Europea. In Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 45: (1995), p. 20-23 citados por RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., especialmente p. 144 e também ARACELI MANGAS, Martín - Las Funciones de la Unión ..., cit., p. 157-173; PUENTE EGIDO, Jesus - Glosa breve a

Como aquele Professor considera que se trata de uma verdadeira Constituição, não duvida afirmar que o seu autor é o poder constituinte, se bem que com algumas peculiaridades a respeito do teorizado por Siéyès. Assim, ele escreveu: “Fica claro no projecto que o sujeito constituinte é duplo: os Estados por um lado e os cidadãos, por outro. Do pacto entre ambos emana a Constituição”⁸⁵³. Nesta perspectiva, a resposta de Francesc Carreras⁸⁵⁴, acerca da existência deste povo europeu, é positiva e crê encontrá-la no Preâmbulo do Projecto de Constituição Europeia, quando se refere aos povos europeus, desde o entendimento de que, com essa expressão, os autores do Projecto se referem a uma realidade distinta, a da cidadania europeia, a dos povos agrupados nos diversos Estados que conformam a moderna Confederação europeia.

Já Javier Ruipérez entende que se compararmos o nascimento dos Estados Unidos como Estado Federal com o que está a suceder nos nossos dias na Europa comunitária, não pode senão concluir-se que o momento do pacto social não se verificou ainda. O que o Preâmbulo do Projecto de Constituição manifesta não é a vontade dos distintos povos estatais em renunciar à sua individualidade e de transferir a sua soberania para uma nova entidade política: o Povo único da União Europeia, mas antes pelo contrário. Não há um povo europeu, mas sim povos dos Estados-membros e, por isso, a União Europeia continua a ter uma natureza internacional⁸⁵⁵.

algunos de los principios de la Constitución Europea. In OREJA, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 61-74, especialmente p. 73-74; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - Derechos Fundamentales y de Ciudadanía em la Constitución Europea. In OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 75-86, especialmente p. 76 e ss.; LOUIS, Jean-Victor - El marco institucional. In OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 91-98, especialmente p. 91 e ss..

⁸⁵³ CARRERAS SERRA, F. - Por una Constitución Europea, cit., p. 205-206, citado por RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 144.

⁸⁵⁴ CARRERAS SERRA, F., - Por una Constitución Europea, cit., p. 207-209, citado por RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 145.

⁸⁵⁵ Diz aquele Autor que aquela interpretação não lhe parece acertada. Convém rememorar o nascimento dos Estados Unidos como Estado Federal. O Congresso convocou, em Fevereiro de 1787, uma Assembleia para rever a norma fundamental da União. Reunidos, efectivamente, os *Founding Fathers*, em 25 de Maio desse ano em Filadélfia, abandonou-se o fim originário da convocatória para dizer “depois de ter experimentado de modo inequívoco a ineficácia do governo federal vigente, sois chamados para deliberar sobre uma nova Constituição para os Estados Unidos da América”. Produzia-se, deste modo, a passagem da Confederação para o Estado Federal. Se na etapa confederal, na medida em que é uma mera associação contratual, a titularidade da soberania se situava na órbita dos Estados e não da União e assim ficava patentemente reflectido no âmbito normativo enquanto todos os documentos se realizavam “em nome e autoridade do bom povo destes Estados”, a partir da Convenção de Filadélfia sucede ao contrário. Com efeito, a Constituição federal refere-se explicitamente ao povo dos Estados Unidos como titular do poder constituinte contrariamente à fórmula adoptada pelos *Articles* na qual se afirma que a União é instituída entre os 13 Estados, individualmente *nominatum*. A diversidade de linguagem corresponde para além disso à substancial diferença de estrutura entre Confederação e Estado Federal e deve-se em particular à presença no ordenamento federal de um

Perante a inexistência de um único Povo europeu, a autoridade superior chamada a elaborar, a discutir e a aprovar o documento de governo, pelo qual se regerá a vida da moderna Confederação europeia, só pode ser todos e cada um dos Estados que a integram. Se isto é assim, é certo que dificilmente poderia atribuir-se a esta autoridade superior competente a natureza de ser um verdadeiro poder constituinte. E isto, pela simples razão de que este somente pode nascer quando, como consequência da verificação do pacto social, surge uma nova colectividade: o Povo como ente unitário, que se sabe soberano e que, por isso, se entende como o único sujeito legitimado para decidir os modos e as formas como vai ser governado. Esta é a situação até ao momento presente.

A mundialização económica traduz-se num progressivo alargamento dos espaços de actuação económica que caminha de modo paralelo ao estreitamento dos espaços de decisão política.

1.5. Território

Quanto ao território, as Comunidades Europeias não têm um território próprio, têm-no os seus Estados-membros. Estes, por sua vez, não estão todos no mesmo grau de integração territorial, nem estarão nunca, especialmente depois das previsíveis ampliações.

O aspecto territorial poderá estar em transformação se vier a predominar a dimensão federal, ainda que nunca chegue a anular as outras dimensões⁸⁵⁶.

De acordo com Pereira Menaut, as Comunidades Europeias podem parecer-nos uma organização internacional, baseada em relações tradicionais de cooperação - por exemplo, a

povo (e dos demais elementos constitutivos) do estado central, que faltam na Confederação. A titularidade da soberania passa, de maneira tão forçosa como inevitável, dos cidadãos das Colónias para o povo da nova estrutura estatal. Os *Articles of Confederation* tinham sido aprovados pelo Congresso, em 5 de Novembro de 1777, sendo finalmente ratificados pela totalidade dos Estados, em 1 de Março de 1781. Neste corpo jurídico torna-se real essa característica que a generalidade da doutrina considera essencial e basilar para o próprio conceito de Confederação, ou seja, referimo-nos a que a aprovação e efectiva concretização da norma em que se funda a Confederação de Estados pressupõe a criação de uma nova entidade política, distinta de cada um dos seus componentes, à que se reconhece uma certa subjectividade internacional, e que vai contar com uma organização institucional própria, mas isto não implica de nenhum modo que as colectividades confederadas percam a sua natureza de Estados soberanos, membros todos eles da sociedade internacional. Assim se depreende de maneira clara do próprio Preâmbulo e dos *Articles*, como o 2.º que estabelece que: “cada Estado mantém a sua soberania, liberdade e independência, assim como todo o poder, jurisdição e direito que não tenha sido expressamente delegado a esta Confederação”. Ver em: RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 146-152.

⁸⁵⁶ Pode ver-se: PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea** ..., cit., p. 15-23.

Política Externa e de Segurança Comum, até ao Tratado de Amesterdão - uma confederação - a Política e de Segurança Comum agora - ou uma federação - matérias comunitarizadas desde há algum tempo como a agricultura - na qual não faltam a sua cláusula de supremacia, o seu Tribunal superior e a Câmara dos Estados-membros. O federalismo, em sentido amplo, tem a vantagem de não ser um modelo cristalizado, mas, bem pelo contrário, um processo flexível.

A consideração das Comunidades Europeias como uma confederação de Estados soberanos que são democráticos aparece na sentença do Tribunal alemão sobre Maastricht. Acresce que, as sentenças europeias *Van Gend & Loos*, *Costa/ENEL*, e *Simmenthal* e outras consideram-na indirectamente como uma federação, com princípios federais como o da primazia, dos poderes implícitos, do efeito directo, etc..

Quanto aos princípios que inspiram a estrutura territorial das Comunidades Europeias eles são, entre outros, os do efeito directo e o da primazia, que também revestem uma relevante dimensão territorial, assim como os da lealdade comunitária, respeito pela identidade nacional dos Estados-membros e subsidiariedade⁸⁵⁷.

Conclusão: não existindo um poder constituinte europeu, resulta evidente que não se pode falar, com rigor, da existência de uma verdadeira Constituição Europeia. E o mesmo vale para os Projectos porque não são o produto da vontade de um Povo que se entende soberano, estes Projectos não podem entender-se como mais do que meros tratados internacionais como são hoje os tratados institutivos. Tratar-se-á, em definitivo, não de uma Constituição no sentido liberal-burguês, mas sim de meros acordos entre entes soberanos, nos quais continuarão a apresentar-se os mesmos problemas que se colocam hoje na União/Comunidade Europeia, e aos quais a fórmula de norma fundamental da Confederação, na sua manifestação clássica, foi incapaz de resolver⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 20 e 21 e também PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Por una Constitución europea pluralista. In Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. Madrid: Antón Fontán. N.º 71, 2.ª Série, XLIV: (Setembro-Outubro 2000), p. 68-83, especialmente p. 73-74.

⁸⁵⁸ RUIPÉREZ, Javier - La “Constitución Europea” ..., cit., p. 117-155.

2. A Defesa da existência de Elementos Constitucionais

No grupo dos que admitem a existência da Constituição Europeia, existem autores que adoptam uma perspectiva formal, isto é, que se baseiam essencialmente nos tratados institutivos, e aqueles que, de acordo com uma perspectiva material, defendem a existência de certos elementos constitucionais no Direito Comunitário. Os primeiros vêem os tratados como a Constituição das Comunidades, de uma forma genérica concebem a Constituição como uma lei ou norma criadora de todo um ordenamento jurídico. Assim, qualquer documento, que crie instituições, que estabeleça as suas faculdades e procedimentos de actuação e regule a produção de normas, pode ser qualificado de constitucional. Incidem no aspecto constitutivo dos tratados institutivos, os quais se convertem assim num ponto em comum com a Constituição. Relativizam o facto de os tratados criarem uma entidade diferente do Estado e insistem na separação entre Constituição e Estado.

Os segundos adoptam uma perspectiva material que atende ao funcionamento real e ao conteúdo da estrutura União Europeia. Admitem a existência de elementos constitucionais dispersos pelos tratados e na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades. Todos eles ressaltam a importância do papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça na progressiva aparição desses elementos ou, dito doutra forma, na constitucionalização da União Europeia. Assim, nesta perspectiva encontraremos elementos constitucionais:

2.1. Nos Tratados institutivos das Comunidades Europeias

Já nos anos sessenta, pouco tempo depois da celebração dos Tratados institutivos da Comunidade Económica Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica, alguns autores começaram a falar da “Constituição da Comunidade”, contudo, estas referências ao carácter constitucional dos tratados não foram exclusivas da doutrina, também as encontramos no âmbito da jurisprudência, concretamente, em meados dos anos cinquenta já encontramos em algumas sentenças do Tribunal de Justiça referências à natureza constitucional do Tratado

da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço⁸⁵⁹. No entanto, o passo mais decisivo para este debate foi a proclamação pelo Tribunal de Justiça de vários princípios fundamentais do Direito Comunitário tais como: o do efeito directo e da primazia. A estes podemos acrescentar outras questões como a protecção dos direitos fundamentais no âmbito europeu, bem como a delimitação das competências das Comunidades Europeias. Mais tarde, o Projecto *Spinelli* (1984) e o Acto Único Europeu (1986) serviram também para manter acesa esta polémica doutrinal, que culminou com a aprovação do Tratado da União Europeia, em 1992, que teve a sua tradução no plano académico ao desencadear uma explosão de publicações que abordavam a existência ou necessidade de uma Constituição Europeia. Em 1994, o Projecto *Hermann* também contribuiu para aquele debate. Em 1997, o Tratado de Amesterdão reavivou-o e por último, o Tratado de Nice, de Fevereiro de 2001, deixou a porta aberta para uma nova Conferência Intergovernamental a celebrar em 2004, que poderá ter carácter constituinte, uma vez que o processo constitucional está inscrito no corpo do tratado, de modo a permitir a redacção de uma Constituição que definirá as relações entre as instituições comunitárias e a partilha de competências entre a União Europeia e os Estados-membros. Há que somar ainda a aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em Nice, em Dezembro de 2000⁸⁶⁰.

Segundo Lucas Pires, alguns admitem estarem a Europa, a União Europeia e os seus Estados-membros no interior de um processo de relativa ebulição constitucional, apontando como horizonte um novo constitucionalismo.

A pretensão - propósito das Comunidades Europeias - de um Direito Constitucional próprio, não apenas comum, fora aliás, desde sempre, mais recorrente⁸⁶¹. Já o Presidente da Comissão Europeia, Walter Hallstein sublinhava, em 1976, o facto de “o Tratado de Roma se

⁸⁵⁹ Ver Sentença *Fédération Charbonnière de Belgique/Haute Autorité*, de 29 de Novembro de 1956, processo n.º 8/55, In *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, p. 234-290, onde nas conclusões o Advogado-geral sustentou que o T.C.E.C.A., apesar de ter sido concluído sob a forma de tratado internacional “de certo ponto de vista pode ser caracterizado como a Carta da Comunidade”.

⁸⁶⁰ Ver: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 246 e ss..

⁸⁶¹ Diz o Professor Liñan Nogueras que, “muitas vezes, no actual estágio de desenvolvimento do sistema comunitário utiliza-se o termo “Constituição” para se referir fundamentalmente os tratados institutivos das Comunidades Europeias e os seus actos jurídicos modificativos, assim como os princípios que os estruturam configurando uma peculiar instrumentalização jurídica que caracteriza o modelo comunitário com rasgos quase constitucionais. A utilização deste termo não é, contudo, um recurso somente doutrinal sendo certo que um certo sentido foi consagrado pela jurisprudência do T.J.C.E.”. Ver: LIÑAN NOGUERAS, Diego J.- *Derechos Fundamentales y de Ciudadanía en la Constitución Europea*. In OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid Editorial Actas, 1994, p. 75-86, especialmente p. 75.

haver imposto como acto constitucional e representar o primeiro elemento de uma Constituição da Europa”.

A identificação da Constituição Europeia com a regra fundamental do ordenamento comunitário foi também realizada, num volume colectivo oficialmente publicado pela Comunidade, por Bernhart⁸⁶².

Vários autores germânicos terão sido pioneiros nessa caracterização que, aliás, o Tribunal Constitucional alemão já utilizara precocemente em 1967⁸⁶³, ao assinalar que o “Tratado C.E.E. representa, de certo modo, a Constituição da Comunidade”⁸⁶⁴. Grande parte da doutrina italiana viria também a assentir nela. Sabino Cassese⁸⁶⁵ proclamou mesmo: “existe uma Constituição Europeia, não há dúvida”. Os comunitaristas espanhóis e, pelo menos, uma parte da doutrina francesa parecem ir também nessa direcção. Contudo, o consenso a este respeito não é unânime. Um comunitarista tão proeminente como Constantinesco não o subscreveu. A “ideia de direito” dos tratados seria diferente da de uma Constituição. Muitos invocam o facto de elementos essenciais de um Estado, tais como um “povo europeu” e um “poder constituinte”, estarem ausentes, outros têm dúvidas. O consenso antes citado sobre a qualificação “constitucional” dos tratados tem-se, porém, alargado na jurisprudência e na doutrina. Diz Lucas Pires que a subsistir uma controvérsia, não será sobre a existência de uma Constituição Europeia mas sim sobre uma adequada teoria da Constituição respectiva⁸⁶⁶. Diz ainda que há quem refira a existência, relativamente à revisão

⁸⁶² BERNHARDT, Rudolf - As Fontes do Direito Comunitário: A “Constituição” da Comunidade. In Comissão Das Comunidades Europeias (org.) - “Trinta anos de Direito Comunitário”. Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 73-87.

⁸⁶³ Ver: Sentença do Tribunal Constitucional federal alemão n.º 22, de 18 de Outubro de 1967.

⁸⁶⁴ Ver: ZULEEG, Manfred - The European Constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario. In *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 22, n.º 1: (Fevereiro de 1997), p. 19-35.

⁸⁶⁵ Ver em: La Costituzione Europea. In *Quaderni Costituzionali*. Ano XI, n.º 3: (Dezembro de 1991), Bolonha, p. 487.

⁸⁶⁶ Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., especialmente p. 21-23, sobre este tema em geral pode também ver-se do mesmo Autor - A Caminho de uma Constituição Política Europeia? In *Análise Social*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Vol. XXVII, n.ºs 118-119: (Agosto de 1991), p. 725-737, especialmente p. 737 e ss.; VILAÇA, José Luis Cruz e PIÇARRA, Nuno - Y a-t-il des Limites matérielles à la Revision des Traités Instituant Les Communautés Européennes? In *Cahiers de Droit Européen*. Bruxelles: Maison Lacier, S.A.. N.ºs 1-2: (1993), p. 3-37; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 263 e ss.; FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa - La Corte di giustizia quale elemento essenziale ..., cit., p. 223 e ss.; ELEFTherIADIS, Pavlos - Aspects of European Constitutionalism. In *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol., 21 n.º 1: (Fevereiro de 1996), p. 32-44; FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa - La Noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 40: (Janeiro-Abril de 1994), p. 241-289.

dos tratados, de “limites materiais de revisão”⁸⁶⁷. Diz aquele Professor que é preciso ter em consideração que a questão dos limites materiais não se pode colocar aqui nos mesmos termos e com a amplitude que reveste no âmbito do Direito Constitucional nacional. Mesmo que se possa falar dos tratados como de uma “carta constitucional” e, considerando que só colectivamente os Estados-membros podem ser, ainda, vistos como “donos dos Tratados”, a verdade é que falta neste caso, na opinião dele e na nossa, um verdadeiro “poder constituinte”, cujo conteúdo essencial seja intangível pelo poder de revisão ⁸⁶⁸. De acordo com o Professor Llopis Carrasco, deve recordar-se que numerosas Constituições contêm cláusulas de intangibilidade, isto é, cláusulas que impedem que algumas das suas disposições possam ser modificadas. Este procedimento é conhecido no Direito Constitucional francês que dispõe, no artigo 89.º, n.º 5, da Constituição de 1958, que a forma republicana de Governo não é susceptível de modificação, cláusulas que também podemos encontrar nos artigos 79.º da Lei Fundamental de *Bonn*, 11.º da Constituição grega, 139.º da Constituição italiana e 288.º da Constituição portuguesa.

Qual é o estado desta questão no âmbito comunitário? Qualificar a Comunidade Europeia de “comunidade de Direito” implica o reconhecimento de um núcleo intangível de disposições e valores que a tornam reconhecível como tal? Segundo aquele Autor, imediatamente se constata que o T.C.E. nada prevê sobre a intangibilidade das suas disposições. Também é certo que cada sistema contém uma norma destinada a proteger valores fundamentais que são praticamente intangíveis. E o T.C.E. possui, apesar de tudo, alguma disposição que se assemelha ao que se entenderia por intangibilidade. Com efeito, em relação à união económica e monetária (U.E.M.) diz que o valor do *ecú* é irrevogável (artigo 118.º e 123.º, n.º 4, do T.C.E.). Deste modo, a “limitação material da revisão” encontraria uma primeira consagração explícita no T.C.E..

No entanto, o Direito Constitucional ensina que uma Constituição pode conter limites materiais expressos e implícitos e que a existência dos primeiros não exclui a existência acumulada dos segundos. À margem do exemplo significativo da irrevogabilidade do valor do *écu*, das disposições sobre a revisão específica ou as revisões possíveis que o Conselho pode fazer no número de juízes e membros da Comissão (artigos 221.º e 213.º do T.C.E., e 10.º do

⁸⁶⁷ Ver por exemplo: VILAÇA, José Luis Cruz e PIÇARRA, Nuno - Y a-t-Il des Limites materielles ..., cit., p. 3-37.

⁸⁶⁸ PIRES, Francisco Lucas - **Portugal e o Futuro da União Europeia: Sobre a Revisão dos Tratados em 1996**. Lisboa: Difusão Cultural, 1995, p. 138.

Tratado de fusão de 1965), as reformas ao T.C.E. não estão limitadas expressamente quanto à sua extensão. Se é certo que o artigo 48.º do T.U.E. não contempla um limite material para a revisão do T.C.E., não pode dizer-se o mesmo do Tratado C.E.C.A. que, por exemplo, no seu artigo 95.º, n.º 3, previa o procedimento da chamada “pequena revisão C.E.C.A.”, que impunha a salvaguarda dos objectivos do Tratado, dos princípios fundamentais definidos nos artigos 2.º a 4.º e das relações de poder atribuídas à Alta Autoridade e as outras instituições da C.E.C.A..

Todavia, ouve-se o discurso segundo o qual os Estados são os donos dos tratados. Por isso, respeitando as formas e procedimentos previstos no artigo 48.º do T.U.E., os Estados-membros seriam completamente livres para modificar a substância do T.C.E.. Ainda que seja a carta constitucional de uma comunidade de Direito não existiriam limites materiais para a revisão.

O facto do T.C.E. não prever expressamente limites materiais para a sua revisão não é estranho se tivermos em conta que foi concluído sob a forma de um tratado internacional. No entanto, com a Decisão 1/91⁸⁶⁹ o T.J.C.E. parece evocar a noção de que certas modificações da “Constituição comunitária” não seriam válidas, por muito que se respeitasse o procedimento do artigo 48.º do T.U.E.. Portanto, o T.J.C.E. aponta a existência de limites implícitos à modificação “constitucional”. Em conclusão, e de acordo com Llopis Carrasco, pode afirmar-se que existe um “núcleo duro” de normas e princípios nos tratados que não podem ser objecto de revisão quando se pretende conservar a natureza e a configuração das Comunidades como “comunidade de Direito”.

A referência aos “fundamentos mesmos da Comunidade” recorda a teoria da constituição material que poderia definir-se como “o conjunto de normas consideradas, independentemente do seu lugar na hierarquia, e que têm por objecto a organização dos poderes públicos, o seu funcionamento, as suas relações recíprocas e em alguns sistemas jurídicos a determinação e garantia dos direitos fundamentais”⁸⁷⁰.

Para Lucas Pires é, no entanto, evidente que as sucessivas revisões constituíram sempre um processo de aditamento e maturação gradual, por maioria de razão respeitador da impenetrabilidade do essencial. Se nem tudo o que está nos tratados é “Constituição” e se o

⁸⁶⁹ Decisão do T.J.C.E. *Acordo com a E.F.T.A. I*, de 15 de Dezembro de 1991, Decisão 1/91, *In Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.C.J.)*, p. I- 6084 e ss..

⁸⁷⁰ LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional Básica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 50-54.

T.J.C.E. não faz distinção entre o que é e o que não é constitucional, então o recurso à noção da “Constituição material” ou de “Constituição essencial” é necessário. É também nesse sentido que, entende aquele Professor, devem ser compreendidos tais esforços que, a terem algum princípio de tradução em futura revisão dos tratados, constituiriam, por si só, uma importante alteração qualitativa⁸⁷¹.

O Tratado de Maastricht provocou a alteração de oito das Constituições dos doze Estados, então membros da Comunidade. O facto alertava, no mínimo, para uma necessidade de recíproco reconhecimento e coordenação entre os dois níveis constitucionais. Diz ainda aquele Professor que a “cadeira vazia” da França, nos anos 70, parecia significar um recuo, mas foi então que o T.J.C.E. implantou os pilares do Direito Constitucional europeu. O Acto Único representara para Pescatore um acto desintegrador do ponto de vista jurídico mas foi dele que emergiu o programa de 1992 que surpreendeu o pessimismo dos analistas mais atentos⁸⁷².

Para Pereira Menaut são constitucionais vários artigos dos tratados, a proporção de produção constitucional por parte dos mesmos vai crescendo, mas não se pode dizer que tenha desalojado a jurisprudência como factor criador do Direito Constitucional europeu. Assim, do Tratado da União Europeia, considera como constitucionais, no todo ou em parte, o Preâmbulo e os artigos 1º a 4º, 6º e 7º (disposições comuns); 21º, 35º (parágrafos 1, 6 e 7); 39º, n.º 3; 43º a 45º (cooperação reforçada); 48º (reforma de tratados) e 51º (duração ilimitada dos mesmos). Do tratado institutivo da Comunidade Europeia, destaca, pela sua relevância além do preâmbulo, artigos relativos à cidadania, à união aduaneira, à livre circulação, ao livre estabelecimento, à livre prestação de produtos, ao livre movimento de capitais, aos transportes, a certas questões tributárias, à moeda, à política comercial comum, ao Parlamento, ao Conselho, à Comissão, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Comité das Regiões e à duração ilimitada. Considera, também, como constitucional a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais⁸⁷³.

Para Llopis Carrasco, o Parlamento Europeu reclama o direito a um papel de assembleia constituinte. Parece entender que chegou o momento de propor uma Constituição

⁸⁷¹ Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 45-49.

⁸⁷² Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 51-54.

⁸⁷³ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo da Constituição da União Europeia. In *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique - Departamento de Publicações. N.º 6: (2001), p. 9-44.

que, ao contrário dos tratados pelos quais se rege a Comunidade, já não descansaria sobre um acordo entre os governos dos Estados-membros mas sim sobre um mandato irrevogável dado pelos povos da Europa. De facto, o Parlamento Europeu vem postulando a existência de uma dupla legitimação para a União Europeia: como união de Estados - cuja câmara representativa seria o Conselho da União - e como união dos povos da Europa - representados por ele. Destaca aquele Autor, que para o T.J.C.E. e parte da doutrina, os tratados institutivos já são a “carta constitucional básica” da Comunidade Europeia e que, por seu lado, o Parlamento Europeu reivindica a adopção de uma Constituição para a Europa: métodos distintos para um mesmo fim⁸⁷⁴.

De “Constituição” pode falar-se em dois sentidos. Num sentido descritivo e num sentido prescriptivo. Com o primeiro faz-se referência a uma tradição de origem aristotélica, isto é, a organização política própria de uma determinada comunidade ou *politeia*. Faz-se referência igualmente à regra fundamental de qualquer ordenamento, segundo a expressão de Kelsen⁸⁷⁵: a Constituição é a regra que, num sistema normativo, está situada no cimo e com respeito à qual se examina a validade das demais normas jurídicas.

O sentido prescriptivo oferece uma visão neutra do conceito de Constituição. De acordo com ele, não se pode falar de Constituição a não ser em referência àquela que encarna e salvaguarda um certo número de valores, principalmente a limitação jurídica do poder como meio de garantir a liberdade política. Os seus instrumentos técnicos são a salvaguarda dos direitos fundamentais e a divisão de poderes.

Por outro lado, há que destacar que a ordem jurídica constitucional se caracteriza pela criação institucionalizada do Direito, por uma estruturação normativa acabada e pela força altamente imperativa do Direito. Nela, a Constituição surge como norma suprema do ordenamento jurídico pelo facto de ser a fonte da ordem normativa e institucional que cria.

Se tivéssemos que expor as características de toda a Constituição, poderíamos ressaltar as seguintes: ser produto do poder constituinte, o seu carácter escrito, a rigidez para a sua revisão, a sua primazia, que o seu respeito possa ser objecto de controle judicial, a delimitação de poderes e competências entre órgãos e, no caso de estados compostos, a distribuição de competências entre os diferentes entes componentes, a garantia de uma esfera de direitos e

⁸⁷⁴ LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro** ..., cit., p. 24-26.

⁸⁷⁵ Kelsen, H. - **Teoría Pura del Derecho**. Tradução francesa de Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962, p. 299, citado por LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro** ..., cit., p. 35.

liberdades individuais e a relação entre Constituição e democracia. Fixadas estas bases podemos aplicar estas características aos tratados institutivos da Comunidades Europeias e da União Europeia?

O T.J.C.E., fixando-se especialmente nas características que ele denomina “constitucionais”, generalizou a identificação dos tratados com uma “carta constitucional”, sobretudo a partir da sentença *Les Verts*^{876 877}.

Em síntese, desde há várias décadas que se mantém o debate doutrinal sobre esta questão, a divisão entre os autores que têm tratado do tema é manifesta, o que de certa maneira se relaciona com a divisão, também existente, e já abordada no capítulo anterior, sobre a orientação futura do processo de integração política europeia. Não nos parece que os tratados institutivos devam ser considerados como Constituição das Comunidades Europeias, em primeiro lugar, porque estão orientados para a obtenção de certos fins comuns aos Estados-membros, razão pela qual não só não tendem a limitar o poder, mas pelo contrário incentivam a actuação das instituições comunitárias. Em segundo lugar, os tratados apresentam-se como tratados internacionais, sem vocação constitucional, embora com o correr dos tempos tenham vindo a integrar elementos próprios de uma Constituição como, por exemplo, o princípio democrático, o reconhecimento do império do Direito, etc., por obra dos Estados-membros e sobretudo do Tribunal de Justiça. Por isso, há quem diga que a União Europeia vive um processo de constitucionalização. Em terceiro lugar, se afirmarmos que os tratados institutivos são a Constituição da União Europeia, então há que alargar o conceito a todos os tratados institutivos de qualquer organização internacional. Em síntese, parece-nos que não se pode considerar os tratados institutivos como a Constituição formal da União, embora alguns dos seus artigos possam ser vistos como materialmente constitucionais⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ Ver: LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro ...**, cit., p. 35-38.

⁸⁷⁷ Sentença do T.J.C.E., de 23 de Abril de 1986, processo n.º 12/86, *in* Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J. C.), 1986, p. 1357 e ss..

⁸⁷⁸ Neste sentido por exemplo: QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991, p. 183 e ss.; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización ...**, cit., p. 263 e ss.; PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Por una Constitución europea pluralista. *In* Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. Madrid: Antón Fontán. N.º 71, 2.ª Série - XLIV: (Outubro de 2000), p. 68-83, especialmente p. 75; GERKRATH, Jorg - **L'Emergence d'un Droit Constitutionnel pour l'Europe**. Bruxelles: Editions de l' Université de Bruxelles, 1997, p. 31 e ss.; BOULOIS, Jean - Le Droit des Communautés Européennes. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. Vol. IV, tome 235: (1992), p. 13-78, especialmente p. 28.

2.2. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias vem erguendo desde os anos sessenta os pilares da constitucionalização dos tratados, os quais não se auto-definem, em nenhum momento, como “Constituição da Comunidade”, no entanto as palavras “Constituição” e “Constitucional” aparecem em numerosas ocasiões nas decisões do Tribunal de Justiça⁸⁷⁹. De acordo com Federico Mancini, professor italiano e juiz no Tribunal das Comunidades Europeias, a actividade do órgão jurisdicional supremo da União Europeia “coincide”, nada mais nada menos do que, com “o erguer de uma Constituição para a Europa”⁸⁸⁰. De acordo com este Professor, naquela altura os juízes tinham perante eles uma organização internacional com características peculiares, pois contava com uma estrutura institucional única e dispunha de poderes legislativos e judiciais sem precedentes. Não obstante estas características, os tratados institutivos não podiam ser considerados uma Constituição. Por exemplo, não possuíam uma declaração de direitos, nem reconheciam uma cidadania europeia. Daí os esforços do Tribunal de Justiça para reduzir as diferenças entre os tratados e uma Constituição⁸⁸¹.

Federico Mancini diferencia várias etapas ou passos no percurso para a constitucionalização dos tratados. Para Lucas Pires, embora a jurisprudência do T.J.C.E. com relevo “constitucional” seja muito vasta, a proclamação de três princípios fundamentais da jurisprudência em causa, intimamente conjugados entre si, com um só objectivo, seriam a alavanca da conversão de típicos tratados multilaterais numa Constituição:

- O princípio do efeito directo que faz com que os tratados e mesmo as directivas, nos casos em que reconheçam direitos e imponham aos Estados-membros obrigações suficientemente precisas, claras e determinadas, possam ser invocados

⁸⁷⁹ De acordo com FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa as referências são inúmeras. Sobre este tema, em geral, ver - La Noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 40: (Janeiro-Abril de 1994), p. 241-289 e ainda FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa - La Corte di giustizia quale elemento essenziale nella definizione di Costituzione europea. In Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Milano: Giuffrè Editore. N.º 3/4: (1996), p. 221-239, especialmente 229 e ss.; DIEZ-PICAZO, Luis Maria - Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea. In Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 20, n.º 2: (1993), p. 533-559, especialmente p. 535 e ss.; BERNHARDT, Rudolf - As Fontes do Direito Comunitário ..., cit., p. 73-87.

⁸⁸⁰ Ver: MANCINI, Federico - **The Making of a Constitution for Europe**. In O. KEOHONE, Robert e HOFFMANN, Stanley (eds.) - “The new European Community, Decisionmaking as Institutional Change”. Oxford, 1991, p. 177.

⁸⁸¹ MANCINI, Federico - **The Making of a Constitution** ..., cit., p. 117 e ss..

e feitos valer directamente pelos particulares, culminando num sistema, hoje, quase pleno de tutela jurisdicional dos direitos dos indivíduos (sentenças *Van Gend & Loos*, *Van Duyn* e *Frankovich*⁸⁸²);

- O princípio do primado do Direito Comunitário sobre o Direito interno (mesmo o próprio Direito Constitucional) dos Estados-membros (sentenças *Costa/ENEL* e *Simmenthal*⁸⁸³);
- O princípio da Apropriação, Apreensão ou Preempção de competências, que transforma as competências concorrentes em exclusivas a partir da sua avocação prévia pela União.

Um outro passo no processo de constitucionalização dos tratados refere-se à criação de um sistema de controle sobre a adequação das normas estatais com as suas disposições. Com o mecanismo da questão prejudicial garantiam a interpretação e aplicação uniforme do Direito Comunitário, o que permitiu ao Tribunal de Justiça verificar a compatibilidade entre a legislação nacional os tratados e o Direito derivado⁸⁸⁴.

Assim, neste processo de mutação conceptual dos tratados em “carta constitucional” podem observar-se distintas fases. Dizem José Luís da Cruz Vilaça e Nuno Piçarra que a primeira etapa deste processo foi inaugurada pela sentença *Van Gend & Loos*, com a declaração do efeito directo de certas disposições do T.C.E.E., daquelas que eram claras, precisas, completas e incondicionais, ainda que com aparência de só se dirigirem aos Estados-membros⁸⁸⁵. Tais disposições podiam ser invocadas directamente pelos particulares perante as jurisdições nacionais, e portanto, obter directamente os direitos que lhes eram inerentes.

⁸⁸² Respectivamente: Sentença de 5 de Fevereiro de 1963, processo n.º 22/62, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, 1963, p. 1 e ss.; Sentença de 4 de Dezembro de 1974, processo n.º 41/74, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, 1974, p. 1377 e ss.; e Sentença de 19 de Novembro de 1991, processo C-6 e 9/90, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, 1991, p. I- 5357 e ss..

⁸⁸³ Sentença de 15 de Julho de 1964, processo n.º 4/64, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, 1964, p. 1143 e ss.; Sentença de 9 de Março de 1978, processo n.º 106/77, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, 1978, p. 629 e ss..

⁸⁸⁴ De acordo com MANCINI, Frederico - *The Making of a Constitution* ..., cit. p. 117 e ss., também PIRES, Francisco Lucas - *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: Seu Sentido, Problemas e Limites*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 25-26; CANCELA OUTEDA, Celso - *El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Universitario Santiago de Compostela, 2001, p. 268 e ss..

⁸⁸⁵ Ver em: VILAÇA, José Luis Cruz e PIÇARRA, Nuno - Y a-t-Il des Limites materielles à la Revision des Traités Instaurant Les Communautés Europeennes? In *Cahiers de Droit Européen*. Bruxelles: Maison Lacier, S.A.. N.ºs 1-2: (1993), p. 3-37, especialmente p. 10 e 11.

De acordo com Llopis Carrasco, o T.J.C.E. não duvidou em qualificar certas disposições de normas “constitucionais” ou de “carácter constitucional”. Estas podem ser identificadas, na maior parte das vezes, porque se referem à distribuição de competências e ao equilíbrio institucional na Comunidade Europeia.

A segunda etapa do processo assinalado deriva logicamente da primeira. É a consagração formal por parte do T.J.C.E. do princípio da primazia do Direito Comunitário sobre o direito dos Estados-membros.

Contudo, os termos tão generalistas daquela sentença, relativos à impossibilidade de opor jurisdicionalmente um texto interno - qualquer que este seja - a uma norma comunitária, conduzia de modo natural a perguntar-se se esta inoponibilidade assim anunciada podia concernir, igualmente, ao texto interno que são as Constituições nacionais.

O T.J.C.E. determinou na sua sentença *Simmenthal*⁸⁸⁶ que o juiz nacional deve fazer tudo o necessário para afastar as disposições nacionais que criam obstáculo à plena efectividade do Direito Comunitário. Para além disso, a primazia não pode dissociar-se do efeito directo: “Em virtude do princípio da primazia (...) as disposições dos tratados e os actos das instituições directamente aplicáveis têm por efeito, nas suas relações com o Direito interno dos Estados-membros, não só tornar inaplicáveis de pleno direito, pelo simples facto da sua entrada em vigor, toda a disposição contrária da legislação nacional existente, sem também, impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais na medida em que seriam incompatíveis com o Direito Comunitário”. Fixou também o T.J.C.E. que “(...) invocar as disposições do ordenamento jurídico interno a fim de limitar o alcance das disposições de Direito Comunitário implicaria lesionar a unidade e eficácia do dito Direito, pelo que não é possível admiti-lo”⁸⁸⁷.

Mas o problema apresenta-se de maneira bem distinta para os Tribunais constitucionais nacionais já que nenhum Tribunal Constitucional reconheceu a primazia do Direito Comunitário sobre o próprio Direito Constitucional, o que não é surpreendente, uma vez que a função essencial dos tribunais constitucionais é precisamente a garantia jurisdicional da primazia da Constituição. Primazia que constitui a condição prévia para a existência de um controle de constitucionalidade.

⁸⁸⁶ Ver pé-de-página n.º 885.

⁸⁸⁷ Ver em particular a Sentença de 17 de Dezembro de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, processo n.º 11/70, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.), 1970, p. 1125 e ss..

A resposta, uma vez mais, parece ser clara para o T.J.C.E., pois na Sentença 1/94⁸⁸⁸ assinala que: “as disposições da ordem jurídica interna, inclusive de natureza constitucional, não são susceptíveis de modificar a distribuição das competências internacionais entre os Estados-membros e a Comunidade tal como já resulta do Tratado”.

Contudo, há que constatar que em Direito Comunitário não existe uma disposição semelhante ao artigo VI, n.º 2, da Constituição dos Estados Unidos (que afirma a primazia do direito federal da União e dos tratados sobre o dos Estados federados) ou a da secção 109.º da Constituição australiana (que diz que uma lei contrária ao direito da Commonwealth não é válida) ou à da Lei Fundamental de *Bonn* que contém esta expressão “o Direito federal prevalecerá sobre o direito dos Estados” - artigo 31.º.

Por isso, as consequências do princípio da primazia do Direito Comunitário não são tão radicais como as que consagra, por exemplo, o direito alemão para as relações entre direito federal e o dos *Länder*. Assim, em primeiro lugar, em Direito Comunitário não existe nulidade mas sim inaplicabilidade, ou seja, proibição (para as autoridades nacionais) de aplicar um preceito nacional reconhecido como incompatível com o Direito Comunitário. Em segundo lugar, opera o chamado “efeito barreira”, isto é, nas relações entre Direito Comunitário e direitos nacionais, o princípio da primazia tem como efeito, não só tornar incompatível de pleno direito toda a disposição contrária da legislação nacional, como para além do mais impede a formação válida de novos actos incompatíveis com as normas comunitárias.

O reverso da questão é a impossibilidade por parte dos Estados- membros de invocar normas de Direito interno para tentar subtrair-se ou para justificar o incumprimento das suas obrigações comunitárias. Esta impossibilidade alcançaria, segundo o T.J.C.E., as Constituições nacionais.

Em resumo, para o T.J.C.E. qualquer norma comunitária prima sobre o Direito nacional, ainda que este seja de natureza constitucional. Deste modo, o T.J.C.E. outorga ao T.C.E. uma autoridade semelhante à de uma Constituição num sistema de tipo federal.

Há que acrescentar que em Direito Internacional uma norma contrária a este continua a ser válida, visto que, em geral, não existe um procedimento para anular a norma que lhe é contrária. Ao contrário, num Estado federal, a primazia da ordem central vê-se acompanhada

⁸⁸⁸ Sentença de 15 de Novembro de 1994, considerando n.º 20, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.), 1994, p. 5395 e ss..

da sua superioridade, na medida em que prevê um procedimento de anulação. Por conseguinte, pode observar-se que, neste ponto, o Direito Comunitário ainda está longe dos parâmetros de uma ordem federal⁸⁸⁹.

O T.J.C.E. aclarou o sentido em que entende a assimilação dos tratados a uma “carta constitucional”. Primeiro, no sentido de norma suprema desta ordem jurídica e, depois, num sentido fundacional. Tratam-se de dois aspectos emanados do princípio da primazia elaborado pelo T.J.C.E., que constitui, como já se disse, um dos primeiros passos empreendidos por ele no seu trabalho de “constitucionalização” dos tratados institutivos.

Os tratados institutivos, génese do ordenamento jurídico comunitário, situam-se, como é lógico, acima da escala normativa comunitária, dado que são os textos que deram nascimento às Comunidades Europeias e, com elas, a todo o sistema jurídico que se desenvolveu desde a sua criação.

Contudo, convém aclarar aqui, que o princípio da primazia não significa que o Direito Comunitário prevaleça em bloco sobre o direito de cada Estado-membro, mas sim que cada ordenamento jurídico é supremo na sua esfera competencial. Isso sim, dentro do seu âmbito competencial as normas de Direito Comunitário não só são Direito nacional, como são o direito a aplicar com carácter prevalecente.

Na realidade, o princípio da primazia, tal como foi elaborado pelo T.J.C.E., abrange o conflito entre uma norma nacional e outra de Direito Comunitário, quando ambas são de aplicação ao facto e as consequências jurídicas de uma e outra são divergentes. Uma vez mais é o T.J.C.E. quem dá a solução para resolver este complexo problema. Assim, na sua sentença *Costa/ENEL*, frente ao silêncio do T.C.E.E., a sua inspiração fê-lo dizer, por exemplo que: “Contrariamente aos tratados internacionais ordinários, o Tratado C.E.E. instituiu uma ordem jurídica própria integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do tratado e que se impõe às suas jurisdições”.

Este princípio de primazia do Direito Comunitário foi conduzindo o T.J.C.E. ao trabalho de “atribuição constitucional” aos tratados. Afirmar a primazia dos tratados face a

⁸⁸⁹ LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional Básica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, especialmente p. 77-84.

qualquer tipo de normas ia implicar um tratamento de carácter constitucional daqueles, o que esteve na origem de algumas sentenças já destacadas⁸⁹⁰.

O princípio do primado do Direito Comunitário, embora tenha sido recebido com dificuldades em alguns dos Estados fundadores⁸⁹¹, acabou por se tornar geralmente respeitado, sobretudo após algumas sentenças como a *Granital* (1984), do Tribunal Constitucional italiano, ou as sentenças *Solange I e II* (de 1974 e 1986, respectivamente) do Tribunal Constitucional alemão, ao ponto de idênticas desconfianças já não se terem suscitado entre os membros mais jovens da Comunidade e, nomeadamente, entre nós.

Embora deixando apurar a questão do posicionamento hierárquico interno das fontes comunitárias de direito - nomeadamente em relação à Constituição nacional - o consenso sobre o princípio do primado tornou-se, em geral, firme.

De acordo com Lucas Pires, este princípio não era uma invenção a partir do nada, estribava-se nos tratados:

- o artigo 189.º dos tratados (actual 249.º do T.C.E.) impunha já a aplicação directa dos regulamentos comunitários, os quais entravam em vigor no ordenamento dos Estados-membros no momento homólogo do início da sua vigência no plano comunitário;
- a fiscalização judicial da legalidade dos actos comunitários, nomeadamente dos regulamentos e directivas, consagrada no artigo 173.º (actual 230.º do T.C.E.), implicava, por si mesma, a distinção entre direito originário e direito derivado e uma primeira graduação hierárquica das normas fundamentais;
- os artigos 169.º a 171.º (actuais 226.º a 228.º do T.C.E.) permitiam a condenação dos Estados-membros por incumprimento, assegurando a primazia em causa;
- o artigo 177.º (actual 234.º do T.C.E.), que parecia servir apenas objectivos de uniformização interpretativa, ao conferir a possibilidade de, num facto submetido a julgamento, solicitar ao T.J.C.E. a interpretação autorizada da norma comunitária

⁸⁹⁰ Ver: LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro ...**, cit., p. 76-77.

⁸⁹¹ Por exemplo, a jurisprudência inglesa deu-se conta de que o primado do Direito Comunitário a obrigava a condescender com o controlo do respeito do Direito Comunitário pelas respectivas leis, não só em termos de interpretação conforme, mas da prodigalização de remédios como o do efeito suspensivo de certos recursos judiciais. Numa ordem jurídica assente sobre pilares como os da soberania legislativa do Parlamento ou dos privilégios executivos da Coroa, tais soluções abririam um espaço de incerteza primeiro e necessidade de adequação depois, sob pena de outros bens, tão ou mais importantes que os protegidos pelo Direito Comunitário, terem tratamento diferente e menos favorável em contextos idênticos.

cuja aplicação tivesse sido suscitada no processo, acabou por reverter em meio de controlo comunitário sobre o direito dos Estados-membros.

Para lá da concretização destas e outras normas de alcance “constitucional” dos tratados, o T.J.C.E. conformaria ainda a prática destas através de uma interpretação teológica, de tipo constitucional dos tratados, da autorização de uma “generosa” latitude de possibilidades do então artigo 235.º (actual 308.º do T.C.E.) e do reconhecimento de competências inerentes e implícitas às Comunidades Europeias, ou da permissão da utilização mais ampla possível das regras de competência (efeito útil).

Para além disso, o Tribunal de Justiça age, também, permanentemente como Tribunal Constitucional da Comunidade Europeia. Segundo o Presidente G.C. Rodriguez Iglésias, aquele vestiria essas vestes em cinco situações: controle da constitucionalidade do direito secundário ou derivado; salvaguarda do equilíbrio institucional; garantia da separação de competências da Comunidade e dos Estados-membros; reforço da garantia dos direitos fundamentais e controle preventivo da constitucionalidade dos acordos internacionais da Comunidade com países terceiros⁸⁹².

Para Pereira Menaut, não tem nada de original assinalar que o Direito Comunitário é marcadamente jurisprudencial. A quantidade de sentenças que o criaram, ou que contribuíram para a sua definição, é grande. Além das sentenças que se converteram em conhecimento convencional, como *Costa/ENEL*, *Van Gend & Loos* ou *Simmenthal*⁸⁹³, o Autor menciona algumas outras, a título de exemplo.

Sobre os direitos e liberdades, pronunciam-se muitas sentenças - algumas bem antigas - como *Internationale Handelsgesellschaft*⁸⁹⁴ (1970, mas os factos são anteriores), *Nold*⁸⁹⁵ (1974) ou *Hauer*⁸⁹⁶ (1979), resolvendo conflitos que, em bastante casos, tinham tido a sua origem na Alemanha. As duas primeiras dizem que as instituições comunitárias devem

⁸⁹² Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 25-32.

⁸⁹³ Sentenças já referidas nos pé-de-página n.ºs 882 e 883 desta IV Parte do trabalho.

⁸⁹⁴ Sentença de 17 de Dezembro de 1970, processo n.º 11/70, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, 1970, p. 1125 e ss..

⁸⁹⁵ Sentença de 14 de Maio de 1974, processo n.º 4/73, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, 1974, p. 491 e ss..

⁸⁹⁶ Sentença de 13 de Dezembro de 1979, processo n.º 44/79, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, 1979, p. 3727 e ss..

respeitar os direitos e ligam os direitos com os princípios. Além disso, consideram as tradições constitucionais dos Estados-membros como fonte constitucional europeia.

Sobre as competências ou poderes implícitos, assim como, nos Estados Unidos, se tinha pronunciado o acórdão *McCulloch* contra o Estado de *Maryland* (1819), nas Comunidades, foi pronunciada a sentença *AETR*⁸⁹⁷ (1971), no sentido de que as Comunidades dispunham de competências que não estão, explicitamente, previstas nos Tratados, mas que podem deduzir-se a partir de outras aí previstas.

Sobre a importância da participação do Parlamento Europeu no processo legislativo comunitário e sobre o princípio democrático, relacionado com essa participação, pronunciou-se também o Tribunal das Comunidades Europeias, e, no caso *Foto-Frost*⁸⁹⁸ (1987), determinou que o único órgão competente para controlar a conformidade das normas comunitárias com os tratados é ele mesmo⁸⁹⁹.

Para Llopis Carrasco, quando o T.J.C.E. emprega a expressão “carta constitucional” em algumas das suas decisões pretende caracterizar os tratados como a norma suprema e fundadora de uma comunidade de integração e de Direito. Ao longo dos anos, o T.J.C.E. construiu, progressivamente, um edifício de aparência constitucional, ao mesmo tempo que afastava os elementos que podiam identificar a Comunidade Europeia com um ordenamento internacional clássico. Com isso, premiou, sobretudo a partir da sentença *Les Verts*⁹⁰⁰, uma atitude esboçada desde os anos sessenta em sentenças de princípio, tais como: *Van Gend & Loos* ou *Costa/ENEL*⁹⁰¹. De acordo ainda com aquele Autor, na opinião do T.J.C.E., os tratados institutivos como norma suprema do ordenamento jurídico comunitário converteram-se numa Constituição no sentido material do termo, ao interpretá-los segundo os métodos sistemático, teleológico e dinâmico. Métodos equivalentes ou similares aos utilizados pelos juízes constitucionais dos Estados-membros e afastados dos adoptados pelos juízes e árbitros internacionais na hora de interpretar uma convenção internacional. Isto não significa que o T.J.C.E. estabeleça a equação segundo a qual o T.C.E. (Tratado das Comunidades Europeias) = Constituição. Simplesmente afirma que o T.C.E. contém certas disposições que podem ser

⁸⁹⁷ Sentença de 31 de Março de 1971, processo n.º 22/70, *Comissão c. Conselho*, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, 1971, p. 263 e ss..

⁸⁹⁸ Sentença de 22 de Outubro de 1987, processo n.º 314/85, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, 1987, p. 4199 e ss..

⁸⁹⁹ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 9-22.

⁹⁰⁰ Sentença de 23 de Abril de 1986, processo n.º 294/83, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, 1986, p. 1357 e ss..

⁹⁰¹ Sentenças já referidas nos pé-de-página n.ºs 882 e 883 desta IV Parte do trabalho.

qualificadas de “constitucionais”. E isto porque o objectivo é fazer da Comunidade Europeia uma comunidade de Direito, uma ordem completamente autónoma e diferente das organizações internacionais e dos ordenamentos jurídicos dos seus Estados-membros. A finalidade da Comunidade Europeia determina pois a sua natureza. Desde a decisão *Van Gend & Loos* que o Tribunal de Justiça tem um enfoque federalizante e favorável à integração comunitária, longe das visões “soberanistas” próprias dos Estados-membros.

Segundo ainda Llopis Carrasco, pode reconhecer-se que este afã “constitucionalista” do T.J.C.E. pode chegar a ser contraproducente, ao trivializar o verdadeiro significado do conceito de “Constituição” e do que significa na moderna teoria constitucional. A Constituição não pode ser somente uma norma fundadora, ainda que seja o acto de nascimento de uma comunidade de Direito, tem de ser, para além disso, a expressão do acto constituinte fruto da vontade popular⁹⁰².

Quando o T.J.C.E. emprega o adjectivo “constitucional” para se referir aos tratados comunitários quer dizer que estes constituem o marco originário criador de uma nova ordem jurídica que é autónoma. Marco, no sentido de norma que contém artigos, “regras do jogo” desta nova organização e que possui objectivos praticamente universais.

Para o Tribunal de Justiça, o T.C.E. configura-se como a “carta constitucional de uma comunidade de direito” que, superando a sua origem de tratado internacional, se aproxima da configuração constitucional.

Esta análise constitucional dos tratados institutivos efectuada pelo T.J.C.E. encontrou uma das suas manifestações mais claras na Sentença 1/91 de 14 de Dezembro de 1991, sobre o Espaço Económico Europeu⁹⁰³. O seu número 21 é já clássico: “O Tratado C.E.E., ainda que concluído sob a forma de um acordo internacional, não deixa de constituir por isso a carta constitucional de uma comunidade de direito. (...) Os Estados limitaram em matérias cada vez mais extensas os seus direitos soberanos e em ele, os sujeitos são não só os Estados mas também os seus nacionais”.

Mas um ponto de partida para esta análise foi a Sentença 1/76 do T.J.C.E., de 26 de Abril de 1977⁹⁰⁴, que no seu considerando n.º 12 afirmava: “(...) o estatuto do Fundo Europeu

⁹⁰² LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro** ..., cit., p. 26-34.

⁹⁰³ Decisão sobre *Acordo com a E.F.T.A.* de 15 de Dezembro de 1991, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.), 1991, p. I-6084 e ss..

⁹⁰⁴ Trata-se da Sentença do T.J.C.E. sobre o projecto de acordo para estabelecer um Fundo que favorecia o abandono voluntário dos canais fluviais internacionais por parte dos carregadores. O T.J.C.E.

de Imobilização da Navegação Interior constitui um abandono da autonomia de acção da Comunidade nas suas relações exteriores e uma modificação da Constituição interna da Comunidade pela alteração de elementos essenciais da estrutura comunitária no que respeita quer as às prerrogativas das instituições quer à posição recíproca dos Estados membros”. O que entende o T.J.C.E. por “Constituição interna da Comunidade”? Da análise da sentença 1/76 parece depreender-se que se trata do conjunto de disposições básicas da ordem jurídica comunitária que formam a sua estrutura. As consequências desta ideia de “Constituição interna da Comunidade” seriam, por um lado, a rigidez dos tratados, isto é, a sua imodificabilidade por meio do procedimento legislativo ordinário ou das normas de Direito Internacional e, por outro lado, o conjunto de normas que determinam as características essenciais do sistema político comunitário.

À luz do assinalado era compreensível que o T.J.C.E. declarasse incompatível com o T.C.E. o acordo internacional que era objecto da sua Sentença 1/76, pois questionava a competência das instituições comunitárias e as relações estabelecidas pelos tratados entre os Estados-membros e a Comunidade Europeia. Havia também um abandono da autonomia de acção da Comunidade Europeia nas suas relações exteriores e, portanto, uma modificação da “Constituição interna da Comunidade Europeia”. Este tipo de argumentação foi retomado pelo T.J.C.E. na Sentença 1/91 sobre o Espaço Económico Europeu. Aqui colocam-se os mesmos problemas “constitucionais” e a solução será a mesma: recusar o acordo. Neste caso os problemas de fundo serão: a competência do Tribunal E.E.E. para interpretar a noção de “parte contratante” no Acordo, e a jurisprudência do Tribunal E.E.E., que podia afectar ou influenciar na interpretação do Direito Comunitário.

O T.J.C.E. assinala três elementos chave que sustentam e fundamentam a ordem jurídica comunitária: as prerrogativas das instituições, o procedimento decisional e a posição dos Estados-membros na Comunidade Europeia. Um acordo internacional concluído pela Comunidade Europeia para ser compatível com o T.C.E., não deve desconhecer essas características.

Podemos afirmar que a “Constituição comunitária” se situa como parâmetro para a interpretação do resto do Direito Comunitário e, sobretudo, do Direito Comunitário derivado. Neste sentido, é de referência obrigatória o célebre parágrafo da sentença *Les Verts* que marca

analisou a compatibilidade do projecto com o Tratado C.E.E., segundo o artigo 300.º, em relação à competência para o celebrar, como sendo da Comunidade, dos Estados ou de ambos, e a natureza do Tribunal do Fundo. Ver: LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro** ..., cit., p. 67-68.

o princípio desta orientação: “A Comunidade Europeia é uma comunidade de direito porque nem os seus Estados-membros, nem as suas instituições podem escapar ao controle da conformidade dos seus actos com a carta constitucional básica que são os Tratados”.

A aparição da expressão “carta constitucional básica” nesta sentença apresenta uma mudança qualitativa a respeito da Sentença 1/76 já que os tratados se impõem positivamente aos actos das demais Instituições, mas de maneira negativa à actuação dos Estados-membros, no sentido de que estes não podem actuar de maneira contrária aos tratados. Tanto os Estados como as instituições submetem-se de modo idêntico à carta constitucional básica. No entanto, não faltam autores, como Medina Ortega⁹⁰⁵, que consideram que, tal como as cartas e os estatutos fundacionais da maioria das organizações internacionais, os tratados institutivos das Comunidades Europeias continuam a ter a natureza de tratados internacionais.

Segundo Llopis Carrasco, aqueles que defendem a “constitucionalização” dos Tratados não podem deixar de recordar que o termo “Constituição comunitária” serve para indicar um processo dinâmico de integração cuja finalidade nem sequer está claramente determinada, e isso leva-o a constatar diferenças: as Comunidades Europeias vêm restringidos os seus fins pelo princípio da atribuição de competências e não gozam de faculdades universais, não existe um poder constituinte propriamente comunitário, já que o poder constituinte originário comunitário foi exercido pelos seis Estados fundadores e o de revisão pertence também aos Estados, ainda que haja uma intervenção das instituições comunitárias. Por isso, não sendo soberana, a Comunidade Europeia não pode dispor da sua própria “Constituição”. Esta é-lhe dada, de certo modo, pelo exterior, já que a sua legitimação reside nas Constituições dos Estados-membros que tornam possível a construção europeia e a tornam compatível com elas. É difícil poder falar de Constituição em sentido formal. É certo que o estabelecimento de uma Constituição por via convencional conhece precedentes, como a passagem da Constituição da Confederação da Alemanha do Norte (1867) à do III Reich (de 1871), embora ainda não sendo um exemplo definitivo, o salto para a legitimação popular continua sem dar-se, pelo que o problema chave mantém-se⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ MEDINA ORTEGA, M. - **La Comunidad Europea y sus principios constitucionales**. Madrid: Tecnos, 1974, p. 86. Citado por LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro** ..., cit., p. 67-70, também no mesmo sentido PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 33-35.

⁹⁰⁶ LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro** ..., cit., p. 67-73.

Em síntese, a maior parte dos autores coincide em ressaltar a importância do papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades no progressivo aparecimento de certos elementos constitucionais, mas concluem que tais elementos são apenas materialmente constitucionais, e que a sua origem é principalmente jurisprudencial⁹⁰⁷.

2.3. Nas Constituições dos Estados-membros

De acordo com Pereira Menaut, não devemos abordar as Constituições dos Estados-membros como se fossem inimigas da Constituição Europeia, mas, sim, como as bases dessa mesma Constituição⁹⁰⁸.

Como disse Arnold R., existe uma interdependência entre os ordenamentos dos Estados-membros, por um lado, e o das Comunidades Europeias, por outro⁹⁰⁹. Essa interdependência chega longe, pois as Constituições dos Estados-membros, e em especial a alemã, de certo modo constituem ou contribuem para constituir, a Constituição material europeia. O Tribunal de Justiça das Comunidades tem-se apoiado em preceitos da Constituição alemã, e também mencionou artigos da italiana e da irlandesa, por exemplo na Sentença *Hauer*⁹¹⁰. Pode dizer-se que este Tribunal tem ido, deliberadamente, às Constituições dos Estados-membros em busca de material constitucional.

Na opinião de Pereira Menaut, da mesma maneira, a Constituição alemã, nos artigos 23º, n.º 1 e 88º, refere-se à União Europeia com uma linguagem imperativa que é também utilizada pela sentença sobre Maastricht, de 1993, do Tribunal Constitucional Federal⁹¹¹. Por isso, entende que alguns artigos de algumas Constituições dos Estados-membros das Comunidades Europeias fazem parte da Constituição Europeia, em sentido material. Afirma

⁹⁰⁷ Ver por exemplo: CELSO CANCELA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 278-279. Alguns Autores usam a expressão “bloco de constitucionalidade” para referir os elementos constitucionais alheios aos tratados, ver GERKRATH, Jorg - **L'Emergence d'un Droit Constitutionnel** ..., cit., p. 349-351.

⁹⁰⁸ Pode ver-se este tema em: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 24, também em Por una Constitución europea pluralista. In *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*. Madrid: António Fontán. N.º 71, 2.ª Série, XLIV: (Setembro-Outubro) 2000, p. 68-83, especialmente p. 75; CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 247 e ss.; GERKRATH, Jorg - **L'Emergence d'un Droit Constitutionnel** ..., cit., p. 277 e ss..

⁹⁰⁹ ARNOLD, R. - **La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo**. Madrid: Civitas, 1993, p. 115.

⁹¹⁰ Sentença de 13 de Dezembro de 1979, processo n.º 44/79, in *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.)*, 1991, p. 3727 e ss..

⁹¹¹ Pode ver-se: in *Revista de Instituciones Europeas (RIE)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 20-3, (1993), p. 1007 e ss..

que, de maneira bem distinta das restantes, dentro das Constituições dos Estados-membros a que mais contribuiu para a construção da Constituição Europeia *in fieri*, sob a qual estamos a viver, foi a Lei Fundamental de *Bonn*, de 1949⁹¹². Algumas das Constituições enfrentam os poderes da União e, quando aceitam a integração, não o fazem passivamente, mas, sim, tentando vincar o seu papel na Constituição comunitária. Outras, têm uma posição mais passiva: consideram e reformam os seus textos, quando as mudanças na Europa obrigam a isso, mas não influenciam, apreciavelmente, a configuração constitucional da Comunidade. Outras, por último, pouco ou nada influenciam a formação da nova Constituição Europeia e apenas acusam a recepção das importantes transformações que acontecem na Europa. Exemplo das primeiras Constituições seria a alemã, que deixa, energicamente, a sua marca na constitucionalização da Europa; exemplo das segundas, seriam a francesa e a portuguesa, que reformaram os seus textos, mas não definiram os caminhos a seguir; e das terceiras, a espanhola que, de acordo com o Professor Pereira Menaut, partindo de um texto inadequado para os nossos dias e depois de ter sofrido uma decisiva mutação constitucional, como única reforma, limitou-se a acrescentar duas palavras ao seu texto⁹¹³.

De acordo com este pensamento, aquele Autor, apoiado por outros estudiosos, indica alguns artigos de algumas Constituições dos membros da União Europeia, que considera como fazendo parte da Constituição Europeia em sentido material.

Assim, por exemplo, na Constituição alemã indicam os artigos 23.º, n.º 1, 2, 3, 4 e 6; 24.º, n.º 1 e 2; 28.º, n.º 1; 50.º; 52.º, n.º 3 alínea a); 79.º, n.º 3 e 88.º, na Constituição francesa os artigos 88.º, n.º 1, 2, 3 e 4 e 93.º; e na Constituição portuguesa os artigos 7.º, n.º 6; 15.º, n.º 4 e 5 e 102.º⁹¹⁴.

Pereira Menaut entende que o contributo da Constituição alemã para a formação da Constituição Europeia foi, em traços largos, talvez o mais importante. Primeiro, foi a que mais contribuiu para expandir os direitos para além das originárias quatro liberdades económicas, pois, os direitos fundamentais, na Alemanha, fazem parte do núcleo duro da sua Constituição⁹¹⁵. Em segundo lugar, contribuiu para introduzir princípios como o da

⁹¹² PEREIRA MENAUT, Convite ao Estudo ..., cit., p. 24.

⁹¹³ Ver: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 24-25.

⁹¹⁴ Ver neste sentido PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea: Tratados Constitutivos Y Jurisprudencia**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela Campus Universitario Sur, 2000, p. 313-322.

⁹¹⁵ A Constituição alemã contém uma declaração enérgica de um núcleo duro, mas em todas as Constituições se podem assinalar núcleos duros, pelo menos, tácitos, incluindo a espanhola, ainda que ela não

subsidiariedade e o da proporcionalidade, agora formalmente acolhidos. Em terceiro lugar, influuiu, decisivamente, na criação do Banco Central Europeu. Em quarto, por influência da Alemanha - ainda que não só da Alemanha - a União deixou de ser alheia à estrutura territorial interna dos Estados-membros. Em quinto, contribuiu para a penetração dos princípios da democracia e do Estado de Direito, entendidos segundo a maneira alemã⁹¹⁶.

Quanto à Constituição francesa, os Tratados de Paris de 1951, e de Roma, de 1957, foram ratificados pela França, na vigência da Constituição de 1946, a qual ignorou o fenómeno da integração europeia. A Constituição de 1958 coexistiu, durante mais de 30 anos, com o fenómeno europeu, como duas linhas paralelas que nunca se encontram. Até que em 1992, em França, como noutros Estados-membros, ficou evidente que o Tratado de Maastricht iria afectar a soberania nacional. Foi então que introduziram um novo título XIV sobre “Das Comunidades Europeias e da União Europeia” com quatro novos artigos (88.º, n.º 1, a 88.º, n.º 4), um dos quais incrementou, indirectamente, o papel do Parlamento francês na legislação europeia (artigo 88.º, n.º 4)⁹¹⁷.

Quanto à Constituição portuguesa de 1976, foi revista, para este efeito, em 1992. De acordo com Gomes Canotilho essa “revisão da Constituição (Lei Constitucional n.º 1/92, de 25 de Novembro) não fez mais do que acolher um ‘facto consumado’: o Tratado de Maastricht (...)” É neste sentido que se compreende o artigo 7º, n.º 6, o artigo 15º e o artigo 105.º (agora 102.º de acordo com a renumeração feita pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro) que retirou a competência exclusiva para emitir moeda ao Banco de Portugal. De acordo com o mesmo Professor, o principal é saber se a “Constituição da República Portuguesa” está a caminho de se transformar numa “constituição regional”, praticamente semelhante a uma constituição dos “estados federados”. Entende aquele Professor que a resposta, por agora, é negativa. Escreve ainda que “a revisão constitucional portuguesa limitou-se a acolher os factos consumados. A espanhola, que enfrenta problemas maiores por causa das suas regiões e nacionalidades autónomas, preferiu fechar os olhos”⁹¹⁸.

diga de si própria que é reformável, em todas as suas partes. Seriam núcleos duros aqueles aspectos que a própria Constituição considera anteriores ou superiores a ela mesma, por exemplo: artigos 2º (unidade de Espanha) e 10º, n.º 1 (fundamentação dos direitos na dignidade e na natureza humana), de acordo com PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo..., cit., p. 27 e Por Una Constitución ..., cit., p. 76 e ss..

⁹¹⁶ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 25 e ss..

⁹¹⁷ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 27 e em Por una Constitución ..., cit., p. 77.

⁹¹⁸ Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional** ..., cit., p. 210-211.

Para Lucas Pires existem dois movimentos paralelos e em grande parte convergentes: a par do crescimento de um Direito europeu das Constituições nacionais vai-se aprofundando, mesmo que através de manifestações dispersas, um novo Direito Constitucional europeu. Em todo o caso, os movimentos da Constituição Europeia têm, segundo ele, precedido os das Constituições nacionais, como se viu o Tratado de Maastricht acabou por determinar a revisão de mais de metade das Constituições dos Estados-membros. Mas a ideia de uma euroconstituição, para lá da sua concretização através de tratados e, sobretudo, do seu único pilar não intergovernamental, corresponde não só a funções e necessidades diferentes, como transporta a ideia de uma passagem para outro hemisfério, com processos, estruturas e níveis de actuação, e não apenas de outra escala mas também diversos na sua estrutura e sentido⁹¹⁹.

2.4. Na jurisprudência dos tribunais superiores dos Estados-membros⁹²⁰

De acordo com Pereira Menaut, algumas jurisprudências nacionais demonstraram uma atitude constituinte activa, e por outro lado se o T.J.C.E. pôde expandir a sua primitiva dimensão constitucional foi, de certo modo, com o consentimento expresso ou tácito, dos tribunais estatais⁹²¹. O maior contributo das jurisprudências nacionais foi, possivelmente, no âmbito dos direitos e liberdades, dos princípios da primazia e do efeito directo (aceitando a sua penetração nos direitos nacionais), das competências comunitárias (aceitando a expansão dessas competências à custa das nacionais) e da relação da Constituição Europeia com as dos Estados-membros (consentindo a primazia da primeira).

⁹¹⁹ Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 101-102.

⁹²⁰ Neste número seguiremos de perto as opiniões de PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Por una Constitución europea pluralista. In *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*. Madrid: Antón Fontán. N.º 71, 2.ª Série, (Setembro-Outubro 2000), XLIV, p. 68-83, especialmente p. 77-78 e Convite ao Estudo da Constituição da União Europeia. In *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique - Departamento de Publicações. N.º 6: (2001), p. 9-44, especialmente p. 29 e ss.. Também se pode ver sobre este tema: WEILER, Joseph H. H. - **The Constitution of Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; HARTLEY, Trevor C. - **The foundations of EC Law**. 4.ª ed.. Oxford: Clarendon, 1998, p. 242 e ss.; SCHERMERS, Henry e WAELEBROECK, Denis - **Judicial Protection in the European Communities**. 4.ª ed.. Deventer: Kluwer, 1992, p. 27-99; QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991, p. 87 e ss..

⁹²¹ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Por una Constitución ..., cit., p. 77-78.

O tribunal nacional que desempenhou um papel mais destacado foi o Tribunal Constitucional alemão, seguido depois do italiano⁹²².

Pode-se indicar-se, pelo menos, três sentenças alemãs de referência obrigatória: a Sentença *Solange I*⁹²³, a Sentença *Solange II*⁹²⁴ e a Sentença de *Maastricht*⁹²⁵. A Sentença *Solange I*, de 1974, questionou a primazia do Direito Comunitário, que entendia não oferecer uma protecção dos direitos fundamentais equivalente à do Direito Constitucional alemão. A Sentença *Solange II*, de 1986, determinou que, naquela altura, o grau de protecção dos direitos fundamentais, na União Europeia, já tinha alcançado um nível equivalente ao do Direito interno alemão e, portanto, não competia ao Tribunal Constitucional alemão controlar a conformidade dos actos comunitários com a Lei Fundamental de *Bonn*. A terceira sentença constitucional alemã que referimos é *Brunner e outros contra o Tratado da União Europeia, de Maastricht*, vulgarmente chamada Sentença de *Maastricht*, que foi ditada em 1993 e é talvez a mais importante sentença ditada por um Estado-membro. Repete que a Alemanha conserva a sua soberania, que a União Europeia é uma confederação de Estados soberanos, da qual é possível retirar-se que não tem a "competência da competências", e que as competências europeias devem ser entendidas como faculdades concretas e limitadas. No entanto, o Tribunal alemão admitiu, indirectamente, a existência de uma Constituição Europeia e de alguns dos seus princípios fundamentais. Ao princípio da limitação das competências, acresceu o da subsidiariedade, vinculativo para a União Europeia e para a Comunidade Europeia e que, segundo os juízes daquele Tribunal, não institui nenhuma competência a favor da Comunidade Europeia, "pelo contrário, limita o exercício das suas competências". Afecta, pois, todas as suas competências enunciadas como exclusivas ou não. Esta sentença continua a ser uma interpretação muito importante e constitui a mais completo decisão de uma jurisdição interna acerca da integração europeia, mas não inverteu a marcha dos acontecimentos⁹²⁶.

⁹²² PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Por una Constitución ..., cit., p. 78 e Convite ao Estudo ..., cit., p. 29 e ss., e PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea** ..., cit., p. 325-326.

⁹²³ Relatório B VerfGe, 37, 1974 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - Colectânea de Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal alemão).

⁹²⁴ Relatório B VerfGe, 73, 1986 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - Colectânea de Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal alemão).

⁹²⁵ Pode ver-se: in *Revista de Instituciones Europeas (RIE)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 20-3, (1993), p. 1007 e ss..

⁹²⁶ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 30 e ss., e Por una Constitución ..., cit., p. 77-78.

Depois do alemão, é, seguramente, o Tribunal Constitucional italiano o que tem desenvolvido uma jurisprudência mais relevante nesta área. Podemos aqui indicar duas sentenças que são *Frontini*, de 1973 e *Granital*, de 1984. Na segunda, alterou o caminho iniciado na primeira e reconheceu a existência de ordens jurídicas separadas, assim no considerando n.º 4 estabeleceu que: “(...) Existe um ponto firme na jurisprudência das relações entre Direito Comunitário e Direito interno: os dois sistemas estão configurados como autónomos e distintos, ainda que coordenados, segundo a distribuição de competências estabelecida e garantida pelo Tratado (...)”. Estabeleceu também, no considerando n.º 5, que “(...) Os preceitos da lei interna em conflito não podem constituir obstáculo ao reconhecimento da ‘força e valor’ que o Tratado confere ao regulamento comunitário, ao configurá-lo como acto produtor de normas imediatamente aplicáveis (...)”. Um aspecto interessante é que o Tribunal italiano adverte para a presença de núcleos duros na Constituição italiana, o que significa que coloca a Constituição num plano superior⁹²⁷.

Já a jurisprudência francesa teve uma contribuição modesta nesta matéria de formação do Direito Constitucional na União Europeia. Em França, como se sabe, há dois sistemas jurisdicionais separados, além do Conselho Constitucional⁹²⁸: o ordinário e o administrativo, que podem não coincidir por completo. De um modo geral, os tribunais franceses reagem mal quanto a questionar a validade das leis e dos actos da sua administração. Do Tribunal de Cassação (que é o topo da jurisdição ordinária), a sentença mais relevante é *Director Geral Aduaneiro* contra a *Sociedade Vabre e Sociedade Weigel*, de 24 de Maio de 1975, em que perante uma sentença adversa do Tribunal de Apelação de Paris, o Director Geral Aduaneiro negou a primazia de uma norma comunitária sobre uma lei francesa. O Tribunal de Cassação não considerou a alegação, estabelecendo que os tratados criavam um ordenamento jurídico separado vinculativo para os tribunais nacionais. Quanto ao Conselho de Estado (que é o topo da jurisdição administrativa), e que em 1968 se tinha negado a aceitar a supremacia de um regulamento comunitário anterior sobre uma lei francesa posterior (Sentença *Semoules*, de 1 de Março de 1968), abandonaria, em 1989, essa posição, na Sentença *Nicolo*, de 20 de Outubro desse ano. Esta sentença não chegou a ser uma declaração formal de supremacia das

⁹²⁷ Ver: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 33 e ss., e Por una Constitución ..., cit., p. 79.

⁹²⁸ Que não é, propriamente, um órgão jurisdicional nem é formado por juízes, é antes, um órgão de controle da constitucionalidade, com menos funções do que um Tribunal Constitucional.

normas europeias, mas procurou uma interpretação da lei recorrida que fosse compatível com o T.C.E.. Deste modo admitia, ainda que fosse só de maneira indirecta, a primazia. Devemos ainda destacar a decisão do Conselho Constitucional, de 9 de Abril de 1992, sobre a incompatibilidade do Tratado de Maastricht com a Constituição francesa, a qual impulsionou a reforma que daria lugar ao novo Título XIV da Constituição⁹²⁹.

No que diz respeito a outras jurisdições estatais, de um modo geral não têm adoptado uma atitude muito activa, não tendo assim trazido qualquer interpretação relevante para a construção constitucional europeia⁹³⁰. O mesmo acontece entre nós, a pertença às Comunidades Europeias, a partir de 1986, não se reflectiu muito na nossa jurisprudência constitucional.

2.5. Nos Valores e Princípios constitucionais da União Europeia e dos seus Estados-membros⁹³¹

As convenções internacionais limitam-se a subentender interesses mútuos dos respectivos subscritores, os tratados institutivos da União Europeia fundam as suas raízes mais longe e mais fundo, em valores como o da paz, da democracia, da liberdade e do desenvolvimento. Mota de Campos descreve amplamente o que chama “os princípios constitucionais da União Europeia”, assim diz que na Sentença, de 23 de Abril de 1986, *Les Verts/Parlamento Europeu*⁹³², o Tribunal consagrou o princípio de que a Comunidade Europeia é uma Comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o tratado. O Tratado C.E.E. instituiu o Tribunal de Justiça como órgão jurisdicional encarregado de assegurar o respeito do Direito, tanto pelos Estados-

⁹²⁹ Ver: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 32-33 e ss., e Por una Constitución ..., cit., p. 79.

⁹³⁰ Assim por exemplo: no que diz respeito a Espanha pode mencionar-se a Sentença n.º 28/1991 que veio reconhecer a primazia, efeito directo e autonomia do Direito Comunitário, e quanto à Bélgica o mais conhecido foi o caso *Le Ski*, de 1971, onde o Tribunal de Cassação definiu que: “os Tratados que criaram o Direito Comunitário instituíram uma nova ordem jurídica, em benefício da qual os Estados-membros limitaram o exercício dos seus poderes soberanos nos domínios fixados por esses Tratados”. Ver: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 34 e ss., e QUADROS, Fausto de - Direito das Comunidades Europeias ..., cit., p. 90.

⁹³¹ Sobre o tema em geral pode ver-se: GERKRATH, Jorg - **L'Emergence d'un Droit Constitutionnel pour l'Europe**. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 325 e ss.; BERNHARDT, Rudolf - As Fontes do Direito Comunitário ..., cit., p. 73-87.

⁹³² Sentença do T.J.C.E., de 23 de Abril de 1986, processo n.º 12/86, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.), 1986, p. 1357 e ss..

membros como pelas instituições comunitárias⁹³³. De acordo ainda com o Professor Mota de Campos, a ordem jurídica constitucional, instituída no acto das Comunidades Europeias, está profundamente marcada pelos princípios da autonomia, da aplicabilidade directa, da primazia e da interpretação uniforme do Direito Comunitário. A natureza constitucional de tais princípios não pode ser posta em dúvida. Trata-se, com efeito, segundo aquele Professor, de princípios que, regendo as relações da ordem jurídica comunitária com a ordem jurídica interna dos Estados-membros e com o Direito Internacional, são da mesma natureza dos que, na ordem constitucional destes últimos, respeitam às relações do ordenamento interno com o Direito Internacional⁹³⁴. Para Lucas Pires têm como que um direito natural “próprio”, em todo o caso, uma “ordem de valores” do mesmo tipo da que autores como Maunz e Bachoff consideram caracterizadora da própria ideia de Constituição. Defende também que muitos destes valores e princípios estão hoje recolhidos no texto do Tratado da União Europeia e, em particular, no seu Preâmbulo, de modo que, permitiram já ao Conselho Europeu de Turim (1996), ao estabelecer a agenda da CIG-96 (Conferência Intergovernamental), reivindicar nas suas conclusões a ideia de uma “comunidade de valores”. Ficava de qualquer modo mais assente aquilo a que o Professor Castanheira Neves⁹³⁵ chama o “primeiro dos estratos” de uma ordem jurídica, aquele graças ao qual o direito não só se esgotará num “*normatum*” como se manterá permanentemente vivo enquanto autónoma intenção constituinte⁹³⁶.

Para Pereira Menaut, todos os sistemas jurídicos contêm princípios de Direito sendo que neste campo o Direito das Comunidades Europeias é muito “principalista”, e o relevante não é que existam mas o facto de demonstrarem uma interdependência entre as Constituições estatais e a comunitária. Assim, segundo aquele Autor, na elaboração destes princípios pode discernir-se dois passos: um primeiro, em que um princípio jurídico-constitucional de um dos Estados-membros passa para o Direito Comunitário, através da jurisprudência do Tribunal das

⁹³³ Cfr. Despacho do T.J.C.E., de 13/07/1990, processo C-2/88-MM, n.º 16, in Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (R.J.C.), p. 3365.

⁹³⁴ Ver: CAMPOS, João Mota de - **Direito Comunitário: O Direito Institucional**. 8.º ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 638-641.

⁹³⁵ Ver em NEVES, Castanheira - A Unidade do Sistema Jurídico: O seu Problema e o seu Sentido. In Digesta. Coimbra. Vol. 1: (1996), p. 172.

⁹³⁶ Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 33-35.

Comunidades, e um segundo, em que é incorporado e convertido em princípio europeu, podendo ser invocado em outros Estados⁹³⁷.

No Direito Comunitário, os princípios têm quatro procedências principais⁹³⁸: a primeira são as tradições jurídicas comuns, que remontam, nalgumas ocasiões, ao Direito romano; a segunda são as Constituições dos Estados-membros e o constitucionalismo em geral; a terceira é a interpretação dos tratados pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a quarta é o que dizem os mesmos tratados. De acordo com Hartley⁹³⁹, os princípios “são uma fonte do Direito independente” que o Tribunal aplicará quer exista ou não referência a eles, nos tratados. Os princípios são variados, podendo citar-se: o princípio geral de igualdade, o da segurança jurídica, o da proporcionalidade, o da lealdade comunitária, etc..

Pereira Menaut entende que não se trata de redigir uma Constituição completamente *ex novo*, porque parte da base de que já existe um considerável bloco da constitucionalidade europeia que, aproximadamente, como já se referiu, consiste nos tratados, na jurisprudência, nas Constituições dos Estados-membros e nos princípios e valores, e o Tribunal das Comunidades será assim o máximo intérprete, mas não o único. Fará falta progredir na separação de poderes, nos direitos e liberdades e na submissão do poder ao Direito, mas, para isso, não é estritamente necessária uma codificação constitucional. Os valores devem continuar a fluir de baixo para cima e as suas fontes devem continuar a ser a cultura, a religião, a moralidade, a ética dos cidadãos e das sociedades civis dos Estados-membros⁹⁴⁰.

⁹³⁷ Ver: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 35 e ss., e Por una Constitución ..., cit., p. 79. Ainda PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea** ..., cit., p. 345-348.

⁹³⁸ HARTLEY, Trevor C. - **The foundations of EC Law**, cit., p. 130-132; SCHERMERS, Henry e WAELEBROECK, Denis - **Judicial Protection in the European Communities**. 4.ª ed.. Deventer: Kluwer, 1992, p. 27-29, citado por PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., especialmente p. 36, e ainda PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea** ..., cit., p. 345-348.

⁹³⁹ HARTLEY, Trevor C. - **The foundations** ..., cit., p. 131-132, citado por PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 36.

⁹⁴⁰ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo da Constituição da União Europeia. In Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique - Departamento de Publicações. N.º 6: (2001), p. 9-44, especialmente p. 38-40, e ainda PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea: Tratados Constitutivos Y Jurisprudencia**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela - Campus Universitario Sur, 2000, p. 345-348.

3. Algumas propostas doutrinárias

Os tratados ocupam no âmbito comunitário a posição de *norma normarum* da mesma forma que os textos constitucionais no interior do Estado. A totalidade da Constituição não é a totalidade do Direito, mas sim aquela parte do ordenamento jurídico que, com base no seu grau superior, estabelece a via de desenvolvimento do próprio ordenamento jurídico estatal, no entendimento de que a mesma se configura como uma norma que designa os órgãos encarregados da criação do direito, assim como o procedimento pelo qual as distintas fontes de direito vão produzir-se.

De acordo com Javier Ruipérez, a ideia de Constituição como norma sobre a produção jurídica por excelência, que aparece com toda a nitidez na obra de Kelsen e que hoje nos parece evidente, só pôde ser autêntica e realidade histórica quando o Estado liberal chegou à situação de crise total e, com ela, o momento em que se tornou manifesta a impossibilidade de se continuar a manter a total e absoluta separação entre o Estado e a sociedade. Nasceu, assim, o constitucionalismo democrático e social, no qual estes dois elementos começaram a ser entendidos como uma única realidade, o Estado ou, se preferirmos, a comunidade política, que encontra na Constituição o seu estatuto jurídico fundamental, em que se regulam tanto os aspectos públicos como os privados daquela realidade única.

No âmbito do Direito Comunitário, o esquema da cadeia de produção das normas jurídicas encontra-se, com efeito, nos tratados institutivos. Se uma norma jurídica é vinculante e obrigatória será, única e exclusivamente, porque existe uma norma jurídica superior que lhe confere aquela validade. Em último caso, pode afirmar-se que a Constituição, enquanto norma que estabelece o procedimento para a formação do resto das normas jurídicas e assinala o órgão competente para a sua emanção, se apresenta como a fonte de validade do Direito do Estado. Se o ordenamento jurídico comunitário se observa como um ordenamento absolutamente independente do direito dos Estados que integram a União/Comunidade Europeia, não há dúvida que os Tratados comunitários vão ocupar na pirâmide normativa comunitária a mesma posição de *Grundnorm* que ocupam os textos constitucionais nos diferentes Estados.

Apesar de toda a aparente lógica desta construção, diz Javier Ruipérez que a mesma não parece aceitável desde a ideia de Constituição liberal-burguesa, que remete sempre para a existência de Estado. Várias são as razões que conduzem a esta conclusão.

Em primeiro lugar, aquele Autor não acredita que o Direito Comunitário, dado o carácter obrigatório e vinculante das suas normas, possa ser afirmado à margem dos ordenamentos jurídicos estatais. Antes pelo contrário, aquele só cobra sentido quando se coloca em relação com a vida interior dos Estados que integram as Comunidades Europeias. Ninguém dúvida que o Direito Comunitário é um ordenamento jurídico próprio, diferenciado dos ordenamentos estatais e dotado de autonomia a respeito dos mesmos. A norma fundamental, da qual o Direito Comunitário derivado extrai o seu carácter obrigatório e vinculante, não pode encontrar-se nos tratados comunitários. Será às Constituições dos diferentes Estados que corresponde o papel de *Grundnorm*, não só a respeito das normas emanadas pelos órgãos constitucionais do Estado, mas também, e como consequência da vocação europeísta do poder constituinte, das emanadas pelos órgãos comunitários. Perante o exposto é fácil deduzir que, de acordo com aquele Autor, perante a interrogação sobre se existe hoje uma verdadeira Constituição da União/Comunidade Europeia a resposta tem de ser, necessariamente, negativa. Segue assim a opinião de, por exemplo, Peter Häberle⁹⁴¹, isto é, hoje é possível falar-se de um “Direito Constitucional comum europeu”, uma vez que são os mesmos, ou similares, os princípios e valores que inspiram as Constituições dos Estados-membros das Comunidades Europeias. Contudo, não é correcto afirmar a existência de um Direito Constitucional europeu. E não pode falar-se de uma Constituição Europeia, “uma vez que a Europa como tal não forma um único Estado constitucional”, trata-se de uma forma moderna de associação, que tem como nota característica o facto de as suas componentes conservarem a sua natureza de Estados constitucionais independentes uns dos outros, e cada um deles com o seu próprio povo soberano⁹⁴².

⁹⁴¹ HABERLE, P. - Derecho Constitucional común europeo. In *Revista de Estudios Políticos*, N.º 79: (1993), p. 11 e ss.. Este Autor avança com a ideia da emergência progressiva de um Direito Constitucional comum europeu, que consiste num corpo unitário de noções, princípios e doutrinas resultantes da teoria e da prática constitucionais dos diferentes Estados europeus. Ver também em: DIEZ-PICAZO, Luis Maria - Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea. In *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 20, n.º 2: (1993), p. 533-559, especialmente p. 542 e ss..

⁹⁴² Ver: RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 86-100. Sobre as várias posições pode ver-se: DIEZ-PICAZO, Luis Maria - Reflexiones sobre la Idea ..., cit., p. 538 e ss..

António La Pergola⁹⁴³ pronuncia-se no sentido da necessidade de pôr “em marcha uma Constituição confederal”, uma vez que se vem insistindo na ideia de que a protecção dos direitos fundamentais só é efectiva no âmbito das Constituições.

Aquele Professor parte do princípio de que o acontecer político de fim de século determinou a erupção de uma nova manifestação de federalismo. Isto é, junto aos clássicos conceitos, nos quais se englobam os chamados Estado Federal, Integral, Regional e das Autonomias ou Autonómico, hoje tem de se referir o que se denomina de “Confederação moderna”. La Pergola entende que a Confederação moderna é já uma realidade política operativa com o intuito de construir uma Europa politicamente unida. Para aquele Autor, o que interessa destacar é que esta nova manifestação do federalismo se encontra, de algum modo, a metade do caminho entre a Confederação arcaica e o Estado Federal. A União Europeia como manifestação actual da moderna Confederação encontra-se num estágio de centralização muito mais avançado do que alguma vez estiveram as Confederações históricas. Boa prova disso é que agora os destinatários das normas ditadas pelo poder central não são unicamente, e como sucedia na estrutura arcaica, as autoridades das colectividades confederadas, mas também os cidadãos. Na opinião do Professor italiano a União/Comunidade Europeia “está destinada a não se converter, em nenhum caso, num ente estatal”. Segundo o Professor La Pergola⁹⁴⁴, a Confederação não é apenas, como no passado, um débil e precário ordenamento que precedia ao Estado federal, mas pode constituir o definitivo ponto de chegada de um processo de integração (caso da União Europeia).

É verdade que as Confederações arcaicas tiveram todas elas, e como seguramente não podia ser de outro modo, um documento jurídico escrito, formal e solene próprio, no qual se determinavam os fins gerais da União e qual seria a sua organização institucional. Agora o que se trata é de aprovar e pôr em funcionamento no âmbito da União/Comunidade Europeia uma Constituição do tipo liberal-burguês⁹⁴⁵. Diz aquele Autor que, no caso da União política concorrem para a sua formação um conjunto de democracias maduras, enraizadas na experiência do regime parlamentar. O meio técnico do tratado servia para a integração económica, mas não é suficiente para regular o novo estágio do processo europeu, a União

⁹⁴³ LA PERGOLA, António - La Confederación. 2. La forma Moderna: “El federalismo y sus contornos”. In “Los nuevos senderos del federalismo”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 138-142.

⁹⁴⁴ LA PERGOLA, António - La Confederación ..., cit., p. 171.

⁹⁴⁵ LA PERGOLA, António - La Confederación ..., cit., p. 159-162.

deve ter uma Constituição própria⁹⁴⁶. Texto constitucional este que deve ser o resultado não do pacto contratual entre os Estados-membros, que era o característico da forma arcaica de Confederação, mas sim da vontade soberana de um autêntico poder constituinte.

Para La Pergola, “a Constituição deve emanar do poder constituinte, poder este que ainda não foi reconhecido à assembleia de Estrasburgo” - e ainda “o poder constituinte do Parlamento é o primeiro fundamento da Constituição rígida e inclui também, logicamente, o poder de modificar um texto que já tenha entrado em vigor”- diz ainda que “a actividade da União Europeia deve conjugar o princípio da soberania popular com o da soberania dos Estados-membros”⁹⁴⁷.

Para o Autor italiano, o apelo à manutenção da soberania dos Estados-membros explica-se como o último intento de manter a União/Comunidade Europeia no estágio confederal. Nesta perspectiva, entende Javier Ruipérez que o que se trata de determinar é se a soberania pertence ao Povo europeu, como entidade política unitária ou, pelo contrário, aquela reside em cada um dos Povos dos diversos Estados que compõem as Comunidades Europeias. Se admitirmos esta segunda alternativa, resulta óbvio que a nova entidade supranacional continuará a apresentar-se como uma união confederal de Estados. Deste modo, o que sucede é que, na medida em que não se verificou o pacto social, não existirá nas Comunidades Europeias um autêntico poder constituinte e, em consequência, a sua norma fundamental não poderá ser entendida, do ponto de vista técnico, como uma verdadeira Constituição, será somente um contrato subscrito entre soberanos.

Se admitirmos que o exercício do poder constituinte cabe ao Parlamento como representante dos cidadãos europeus, como faz La Pergola, estamos a aceitar, ainda que de maneira implícita, que na Europa se verificou, ou melhor vai verificar-se, o pacto social pelo qual nascerá o Povo Europeu, no qual se integraram e dissolveram os Povos dos actuais Estados-membros e que, enquanto titular da soberania pode impor a sua vontade a cada um dos que o integram. A norma fundamental, pela qual a União Europeia se regerá, será, na verdade, uma autêntica Constituição. Mas, com isso, o que sucederá é que esta terá abandonado definitivamente o seu *status* de Confederação de Estados para se converter num autêntico Estado constitucional, ainda que na sua manifestação estrutural de Estado federal.

⁹⁴⁶ LA PERGOLA, António - Para qué una Constitución de la Unión Europea. In OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994, p. 43-51, especialmente p. 43-44.

⁹⁴⁷ LA PERGOLA, António, - La Confederación ..., cit., p. 183-184 e Para qué una Constitución de la Unión Europea. In OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”..., cit., p. 45-50.

No Estado federal, como manifestação estrutural concreta do Estado constitucional que é, o único soberano possível é o poder constituinte que aprova e sanciona a Constituição federal.

De acordo ainda com Javier Ruipérez, continuar a construir a unidade política europeia conforme aos esquemas da globalização ou mundialização económica não pode conduzir a não ser tornar real aquele dramático verso de Gottfried Keller de que “o último triunfo da liberdade resultará estéril, não parirá filhos”, porque, com efeito, o que pode suceder é que em nome da liberdade económica o que estejamos a fazer seja renunciar à liberdade política, que para além do mais lhe serve de base. O que deve questionar-se é se, a continuar por este caminho, não estaremos a renunciar ao *status* de cidadãos livres para nos convertermos em meros súbditos das grandes empresas transnacionais, como autênticos novos soberanos da ordem política mundial. Em conclusão, se a União Europeia tem que ser que o seja, mas que o seja com os pressupostos do constitucionalismo democrático e social⁹⁴⁸.

Para Pereira Menaut, o fenómeno, que já não é muito recente, de desenvolvimento de uma dimensão constitucional na União Europeia, pode ser considerado, de certo modo, como um triunfo do constitucionalismo anglo-saxónico: um triunfo do conceito não codificado de Constituição sobre o codificado, do material sobre o formal, e do judicialismo sobre o legalismo, incluindo a produção de um Direito comum europeu, ainda que não seja um *Common Law*. Não é que todos os actores deste cenário participem da mentalidade jurídico-constitucional anglo saxónica - mas o que é certo é que a perspectiva continental tradicional não consegue ou sente-se limitada para explicar tal fenómeno. Assim, defende que a Constituição Europeia está em todos aqueles artigos dos Tratados que *ratione materiae* são constitucionais, assim como em certas sentenças do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Mas como a União Europeia não é um Estado e, possivelmente, nunca chegará a sê-lo, a sua Constituição também está em alguns artigos das Constituições dos Estados-membros e em algumas sentenças das mais altas jurisdições dos mesmos, assim como nos princípios e tradições constitucionais comuns.

Para este Professor o que existe, assim, é uma Constituição, em sentido material, que é “fragmentária, assimétrica, mutável e incompleta”, mas que já é verdadeiramente constitucional, em certos aspectos. O que tem de fragmentária e incompleta não é tanto pelos

⁹⁴⁸ Sobre todo este tema pode ver-se: RUIPÉREZ, Javier - **La “Constitución Europea”** ..., cit., p. 155-172.

seus defeitos de forma, ainda que estes não sejam poucos, mas sim pelos de fundo: há aspectos da União Europeia em que não há suficiente separação de poderes, ou suficiente submissão do poder ao Direito; outros aspectos continuam no âmbito do jurídico-internacional, tornando, assim, improcedente o enfoque constitucional. Deste modo, na União Europeia, dão-se, ao mesmo tempo, relações muito diferentes: num extremo, há relações de cooperação que são típicas do Direito Internacional mais tradicional; num ponto médio, há relações que já não são internacionais, mas sim, internas e materialmente constitucionais; no outro extremo, há relações que já são tão internas que não são constitucionais, por serem “menos que constitucionais”- processuais, jurídico-administrativas ou tributárias - e muito mais detalhadas do que aquilo que se espera de uma Constituição⁹⁴⁹.

Por outro lado, não consiste numa única norma, não está codificada, não é *norma normarum*, não regula a produção de todas as normas posteriores aplicáveis nas Comunidades Europeias. É suprema, directamente aplicável, vinculante para as autoridades das Comunidades e dos Estados-membros, e criadora de direitos e obrigações - inclusive para os particulares.

Diz ainda Pereira Menaut que as fontes do Direito Constitucional Europeu são: a jurisprudência do Tribunal das Comunidades, os tratados, a Convenção Europeia para a protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), as Constituições dos Estados-membros, a jurisprudência dos seus tribunais superiores e os princípios gerais de Direito.

O poder constituinte está disperso, em diferentes proporções, no Conselho Europeu e no Conselho de Ministros (ou seja, os Estados-membros), no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, na Comissão, no Parlamento Europeu e, em alguma medida, nos povos dos Estados-membros.

Na sua curta vida a Constituição Europeia mudou muito, muitas vezes por meio de mudanças não formais. A primeira mudança constitucional importante foi produzida pelas grandes sentenças dos anos sessenta e setenta (*Van Gend*, *Costa*, *Simmenthal* e outras). A segunda foi a eleição directa do Parlamento (1979). A terceira, nos anos oitenta, o Acto Único Europeu. A quarta foi o Tratado de Maastricht.

⁹⁴⁹ Ver: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Convite ao Estudo ..., cit., p. 11-12, e também em Por una Constitución europea ..., cit., p. 79 e ss..

As matérias de que se ocupa a Constituição Europeia são muito menos do que uma Constituição ordinária, se bem que o seu número tem vindo a crescer, desde os anos sessenta e setenta, a um ritmo relativamente rápido. Por agora é mais fácil dizer de que matérias não se ocupa: Direito Penal, ordem pública, polícia, defesa, tudo assuntos que pertencem ao núcleo duro da soberania dos Estados. Mas não será estranho que num quarto de século esses capítulos estejam comunitarizados, em alguma medida, pois neste momento já há mudanças em curso⁹⁵⁰.

Para Lucas Pires, como já referimos, não se pode ter a ilusão de vir a encontrar-se um “verdadeiro” poder constituinte, uma “verdadeira” democracia e uma “verdadeira” estadualidade europeias. Além de não haver soluções-proveta, não é sequer desejável pela razão de não haver um único tipo de acção constituinte, de unidade política ou de organização democrática.

Do ponto de vista formal, já vimos como o T.J.C.E. tem vindo, ao longo dos tempos, a concretizar a ideia de uma hierarquia que se fundamenta no princípio da superioridade incondicional dos tratados, quer em relação ao restante Direito Comunitário, quer em relação aos Direitos nacionais. O princípio da supremacia funciona perfeitamente relativamente aos papéis de validação e hierarquização da ordem jurídica, que é suposto que as normas constitucionais possuam. Mas se esse seu resultado, no plano formal, é já claro, no plano de uma noção material de Constituição, tal supremacia é ainda mais eloquente. O papel da supremacia dos tratados é inquestionável, de acordo com aquele Professor. Acrescenta ainda que a “força normativa” e a “capacidade de se tornar um real instrumento de integração numa unidade”, que Rogério Soares considera o apanágio do constitucionalismo moderno, estão patentes na forma como a Constituição material das Comunidades tem funcionado como “ordenamento fundamental” de um novo espaço político.

Quando se diz que sem Estado, sem poder constituinte e até sem legitimação democrática os Tratados estão no ar, quer-se dizer que eles fraquejam como Constituição. Mas, para lá de no Direito Constitucional nacional alguns daqueles conceitos também já não serem o que eram, como é então possível explicar uma eficaz e respeitada tradição normativa

⁹⁵⁰ Ver em: PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea** ..., cit., p. 19-22, também CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 279 e ss..

de quase meio século, desde os tratados fundadores, com resultados só atingíveis pelo que teria de ter sido um Direito Constitucional equivalente⁹⁵¹?

Para o mesmo Professor, para lá de justificações mais ou menos teóricas, a centralidade da questão de legitimação para o futuro da Constituição Europeia aparece também evidenciada na já histórica decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre Maastricht. Por um lado, coloca-se o problema da inexistência de um “povo Europeu”, de “verdadeiros partidos políticos supranacionais” ou de uma “língua comum”. Por outro lado, conclui-se que, não só a transferência de mais poderes para a União é considerada vinculada a um proporcional grau de democratização, como esta é requerida simultaneamente ao plano nacional e europeu, através da via parlamentar, isto é, do reforço de poderes dos Parlamentos nacionais e do Parlamento Europeu⁹⁵².

Se a União Europeia já não é uma mera organização internacional, é, em primeiro lugar, por o seu Direito ter crescentemente como destinatários os próprios indivíduos e grupos agindo no seu seio - não apenas os Estados, mas se ainda é apenas uma organização internacional, é na medida em que esses indivíduos e grupos aparecem como meros destinatários ou súbditos de um direito de que deveriam ser cada vez mais co-autores e cidadãos. Pode um Direito europeu, que reivindica a sua supremacia face ao próprio Direito Constitucional nacional, continuar a ser legitimado através das democracias nacionais?

De acordo com Mario Telo, seria mesmo a “ineficácia das democracias nacionais face aos grandes desafios da nossa época que deu lugar aos primeiros passos da democracia supranacional”⁹⁵³.

De acordo com Gomes Canotilho, o Direito do Estado caracteriza-se hoje pelo pluralismo de ordenamentos superiores. Um desses ordenamentos é o ordenamento comunitário, ou, por outras palavras, a “ordem jurídica da União Europeia”. Do mesmo modo, a subsistência do paradigma clássico da teoria da Constituição tem impedido o alicerçamento de uma “teoria da Constituição Europeia”.

Entende que existem duas pré-compreensões da complexidade política, normativa e cultural do Direito Constitucional europeu. Uma é a pré-compreensão “nacionalista” ou

⁹⁵¹ Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu: Seu Sentido, Problemas e Limites**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 55-59.

⁹⁵² PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito** ..., cit., p. 64-65.

⁹⁵³ TELÔ, Mario - *Democratie internationale et Démocratie supranationale en Europe. In Démocratie et Construction Européenne*. Bruxelas, (1995), p. 62.

“constitucionalista-patriótica”. Assenta nos postulados clássicos: Direito Constitucional centrado no Estado e no dogma da soberania do Estado. A outra, pré-compreensão “europeísta” ou “europeísta-federalista”, radica em premissas jurídicas e políticas aprioristicamente fixadas por um Tribunal - o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias - e numa “vontade política” tendencialmente “governamentalizada”.

As questões entre ambas repousam em três elementos: o primeiro elemento relaciona-se com a questão de saber qual o fundamento constitucional-democrático para a construção do Direito Constitucional europeu? Em termos político-constitucionais, a tese europeísta apresenta uma contradição. Por um lado, a União Europeia é uma “organização supranacional” fundada em tratados internacionais sem “Constituição própria”. Neste ponto, a União Europeia não é um Estado constitucional soberano. Por outro lado, os órgãos da Comunidade criam “Direito europeu” vinculativo para os Estados-membros. Aqui, a União Europeia dispõe de “poderes soberanos” tendencialmente reservados ao Estado e individualizados nas respectivas Constituições. Além disso, os órgãos executivos da Comunidade derivam a sua legitimação dos governos dos Estados-membros. Consequentemente, não são órgãos de um “Estado europeu” que tenha sido criado por acto de vontade livre dos “cidadãos europeus unidos”. Neste ponto vem entroncar a conhecida crítica do “défice democrático europeu”. O segundo elemento tem a ver com a seguinte questão: como se chega à construção de uma ordem jurídica comunitária que “produz” normas dotadas de “aplicação preferente” em relação às normas internas dos Estados-membros? Em primeiro lugar, não está demonstrado que o instrumento organizativo fundador de uma nova comunidade, situada algures entre uma “confederação de Estados” e uma “associação de Estados”, tenha de seguir os esquemas do constitucionalismo dualista. Distingua-se entre um “poder extraordinário” que cria uma Constituição e o poder “normal” que gere a política nos termos definidos na Constituição. Nada impede que surja uma “Constituição evolucionista”, materialmente integradora, assente em “esquemas” retirados dos tratados da Comunidade Europeia e de outros esquemas a criar (Parlamento europeu com verdadeiros poderes, Governo europeu, segunda Câmara de países e regiões, Tribunais com competência alargada) e baseada em princípios jurídicos fundamentais, costumes, decisões jurisdicionais, constitutivos de um verdadeiro “*Jus Commune Europaeum*” e de uma autêntica “cultura jurídica europeia”. A tese constitucionalista peca pela sua limitada compreensão das categorias político-constitucionais. Uma dessas é o conceito de povo reconduzido ao “povo do

Estado”. A “homogeneidade do povo do Estado” como base de legitimação de um Estado democrático serve de pretexto para, na ausência de um “povo europeu” com as mesmas características, se concluir pela impossibilidade teórica e prática de uma “democracia europeia”. Uma democracia, diz o Professor Gomes Canotilho, pode construir-se com base numa comunidade “multicultural” de cidadãos. Em segundo lugar, a ideia de auto-organização pode ter aqui aplicação no sentido, pelo menos, de auto-produção de um sistema material-constitucional europeu.

A visão europeísta pode centrar-se na linha argumentativa desenvolvida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades: não pertence a uma norma nacional interna decidir acerca da força e valor jurídicos de uma regra comunitária supranacional. Esta retira o seu valor - “o valor de norma comunitária” - do próprio sistema jurídico comunitário. O ordenamento comunitário pressupõe funcionalmente a ideia de aplicação preferente das normas comunitárias sob pena de não existir Direito Comunitário.

De acordo com aquele Professor, tratam-se de argumentos redutores e tautológicos: o ordenamento comunitário é superior porque tem de ser superior sob pena de não existir ordem comunitária, o ordenamento comunitário arranca dele próprio a força das suas normas. A posição constitucionalista pode, assim, invocar dois argumentos: primeiro, não existe uma base constitucional comum para se afirmar a “verdade” de um “supranacionalismo normativo” da União; segundo, a preferência da aplicação ou até a invocada primazia normativa do Direito Comunitário dá como demonstrado aquilo que é preciso demonstrar: quem tem a competência das competências. O terceiro elemento, pretende responder à questão: como estruturar a “competência das competências” entre duas ordens jurídicas, em que uma - a nacional - tem uma Constituição considerada como “norma superior” e a outra - a comunitária - que mesmo “sem Constituição”, se afirma como ordem de “aplicação preferente”? Diz o Professor que se é admissível um “Direito Constitucional europeu” já não o é um “Direito do Estado europeu”. Um “poder de Estado europeu” neutralizaria o carácter supranacional da comunidade a favor de uma construção federal substancialmente revisora da “forma estadual”. Mas, por outro lado, o “Estado constitucional nacional” tornou-se, no contexto da União Europeia, um “Estado constitucional cooperativo” que, sem deixar de observar os padrões básicos do Estado constitucional (soberania popular, divisão de poderes, garantia de direitos, primazia da Constituição, superioridade da lei do parlamento), passou a incorporar “competências normativas europeias”. Embora a Comunidade não disponha da

competência das competências, ela possui, por força dos actos convencionais e “do acto global de supranacionalidade”, o poder normativo de editar actos jurídicos dotados de eficácia imediata e vinculatividade igual e unitária nos Estados-membros da Comunidade⁹⁵⁴.

O que é certo é que uma futura Constituição da União Europeia não poderá mesmo deixar de ser o reflexo do carácter que se vier a atribuir à organização política a que corresponde.

Quanto à relação que poderá existir entre Constituição Europeia e Constituição nacional, diz o Professor Lucas Pires que as esferas comunitária e nacional são autónomas. Podem existir zonas de sobreposição e concorrência em áreas menos definidas e ainda mal resolvidas pelo princípio da subsidiariedade e pelos critérios de atribuição de competências, mas não são, em princípio, contraditórias ou competitivas, em relação ao mesmo objecto.

A alusão do T.U.E. às “tradições constitucionais comuns” (artigo 6.º, n.º 2) traduz de certa forma que tudo se passa como se a Constituição Europeia se “nacionalizasse”, enquanto a Constituição nacional se “europeíza”. O dever de cooperação do artigo 5.º dos Tratados tem, aliás, dois sentidos - um ascendente e um descendente. Assim, quando a Constituição Europeia “fala para baixo” todos os valores essenciais das Constituições nacionais têm de ser respeitados, a começar nos que se podem subsumir na ideia de “identidade constitucional” (ver artigo F., n.ºs 1 e 2, actual artigo 6.º do T.U.E.). Esta pode considerar-se até ao mínimo prévio e absoluto do princípio da subsidiariedade⁹⁵⁵.

As competências do escalão nacional não podem, aliás, ser concebidas de maneira apenas residual. Deve antes prevalecer uma presunção de competência a favor dos Estados-

⁹⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1217-1225, sem correspondência na 5.ª ed., de 2002.

⁹⁵⁵ Diz o Professor Lucas Pires que, na qualidade de Deputado europeu teve ocasião de votar (18/09/97) contra o § 11, do relatório Ana Palacios sobre a Convenção relativa à extradição entre Estados-membros da U.E., invocando o respeito pela “identidade” da Constituição portuguesa. O relatório referido “convidava” a Grécia e Portugal a “examinar se não seria possível interpretar ou, em alternativa, rever a sua Constituição de modo a renunciar à intenção de recusar a extradição de um estrangeiro (...) ameaçado de uma pena de prisão perpétua”. Na declaração de voto então emitida, teve ocasião de afirmar, nomeadamente: “o voto contra o § 11 do relatório Palacios funda-se no respeito pela ‘identidade constitucional’ dos Estados, valor ressaltado tanto pelo Tratados da União Europeia como, já antes disso, pela doutrina jurídico-comunitária. É aliás, através dessa identidade que os Estados contribuem para um cultura jurídica comum. Portugal é o país que primeiro eliminou a pena de morte e a prisão perpétua do seu catálogo penal. O caso de eliminação da pena de morte trata-se, hoje já, de um acervo comum da própria identidade europeia, na medida que ela deixou de ser praticada em todos os países da União”. Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., especialmente pé-de-página n.º 136 da p. 108.

membros - *in dubio pro* Constituição nacional - como é, aliás, consequência de um princípio da subsidiariedade concebido também como princípio de proximidade (ver artigo A. do T.C.E.E. ou artigo 1.º do T.U.E.).

Segundo ainda o mesmo Autor, o último problema consiste, porém, em averiguar quem decidirá um conflito entre ambos, o T.J.C.E. ou os Tribunais Constitucionais nacionais, o primeiro objectivamente mais monista, os segundos mais dualistas. Quando se tratar de interpretar os tratados, parece que só pode ser o primeiro, mas quando se tratar de interpretar as Constituições nacionais para defender os seus valores próprios perante os da Constituição Europeia seria irrealista excluir os Tribunais Constitucionais. T.J.C.E. e Tribunais Constitucionais nacionais funcionariam como guardiões das ordens jurídicas respectivas, da respectiva identidade e fronteira. Cada um deles detém uma competência originária, exclusiva para interpretar os respectivos actos fundadores: tratados e Constituição.

A União Europeia aponta para ser uma União política, incluindo o próprio cerne originário da política do Estado: a defesa, a política externa e a de segurança. Que os métodos clássicos da articulação do Direito Constitucional com o Direito nacional só em parte funcionam neste campo revela-o o facto do T.U.E., depois de negociado em Maastricht, ter obrigado à revisão, antes da ratificação, de cerca de metade das Constituições dos Estados-membros, entre as quais a portuguesa. Tal efeito estrutural inclui a alteração da hierarquia das normas devido às regras do primado e do efeito directo. Bruno de Witte transforma mesmo as Constituições nacionais em “Constituições parciais” ao mesmo tempo que, perigosamente, sobrepõe a “Constituição material” à Constituição formal.

A Constituição alemã criou uma base jurídica diferente da que havia presidido até hoje à construção europeia. O artigo 23.º, n.º 1, propõe agora um objectivo de unificação política da Europa e confere os poderes necessários para o Estado alemão intervir em tal processo, ao mesmo tempo que impõe condições de democraticidade, Estado de direito, sociabilidade, carácter federativo e subsidiariedade para que se possam subscrever tais avanços⁹⁵⁶.

Quanto à relação Constituição Europeia e Constituição Portuguesa, pode-se dizer que foi no plano da Constituição económica onde esta relação foi mais longe. Eduardo Paz

⁹⁵⁶ Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., p. 101-112.

Ferreira conclui que “não se podem justificar ilusões quanto à dissolução da Constituição económica portuguesa na Constituição económica europeia”⁹⁵⁷.

Uma tal evolução não poderia, por sua vez, deixar de se repercutir sobre a Constituição no seu conjunto, já que as normas da Constituição económica têm com a Constituição social e a Constituição política no seu conjunto uma “correspondência” essencial. Entende Lucas Pires que dificilmente se pode estar de acordo com o Professor Jorge Miranda quando reduz a política europeia a um mero aspecto de política externa e internacional do Estado. Além da constitucionalização da “União”, podem invocar-se, no mesmo sentido, o modo como foi desencadeada a revisão de 1992, na sequência da negociação de Maastricht, os efeitos da integração sobre a Constituição material portuguesa, compreendendo o próprio equilíbrio de poderes e interiorização de certos princípios, o empenhamento no reforço da identidade europeia (n.º 5 do artigo 7.º), o crescendo do compromisso constitucional entre as revisões de 1982 e 1992 a este propósito e o progressivo alargamento do “bloco da constitucionalidade” através da “rota” integradora.

Aquela afirmação “união cada vez mais estreita entre os povos da Europa” (artigo A. do T.C.E.E., hoje artigo 1.º do T.U.E.), apontando a uma unidade contínua e progressiva só pode, de facto, ser interpretado como um mandato de crescente convergência das Comunidades e da União, através da progressiva comunitarização dos pilares essencialmente políticos do T.U.E..

⁹⁵⁷ Hipótese que suscita questões curiosas, não só no plano do Direito Constitucional, mas no da própria inspiração subjacente a uma e outra dessas Constituições económicas. O debate teórico sobre a Constituição económica fez-se sem levar em consideração que, entretanto, se avançara no sentido de uma verdadeira constitucionalização do Tratado de Roma que, como nota Franco Romani, se processou por via evolutiva e não como resultado de uma acção voluntarista, tendo por vezes tal via sido, expressamente divergente da que pareceria desejada pelos agentes políticos. Nessa evolução tiveram um papel decisivo a consagração da doutrina da eficácia directa do Direito Comunitário, a afirmação do primado das normas comunitárias e a integração num sistema judiciário unitário dos juízes nacionais e do Tribunal Europeu e, sobretudo, a abertura, proporcionada pela jurisprudência constitucional no Acórdão *Cassis Dijon*, que lançou as bases para o mútuo reconhecimento das regulamentações dos diferentes países, que depois viria a ser explorado pela Comissão no Livro Branco e que conduziria à prática institucionalização das 4 liberdades de circulação: mercadorias; serviços, capitais e pessoas, que o Tratado de Maastricht confirmaria e aprofundaria. Um dos poucos Autores portugueses a ocupar-se desta questão - Marcelo Rebelo de Sousa - pôde ironizar afirmando “se lerem com atenção algumas das disposições da nossa Constituição sobre matéria económica e a cotejarem com o que decorre do Direito Comunitário, verão que é quase romântico e ternurento verificar o que elas dizem, porque não tem nada a ver o que dizem sobre o investimento estrangeiro, o que dizem sobre as grandes linhas de política económica a prosseguir pelo Estado, as grandes prioridades da organização económica do Estado, com aquilo que quotidianamente é a definição de políticas comunitárias no âmbito comunitário”. In *Revista Jurídica* n.º 16-17, p. 294 - Comunicação sobre a Revisão constitucional de 1992. FERREIRA, Eduardo Paz - A Constituição Económica de 1976: “Que reste-il de nos Amours?”. In MIRANDA, Jorge - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 Anos Da Constituição de 1976”. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Vol. I, p. 384-413, especialmente p. 384-413.

A própria tensão que parece subsistir na Constituição portuguesa entre, de um lado, princípios de independência nacional (artigo 7.º, n.º 1) e indivisibilidade da soberania (artigo 3.º) e, do outro, uma “soberania europeia compartilhada” (Gomes Canotilho-Vital Moreira) no aprofundamento da “identidade europeia” (n.º 5 do artigo 7.º) parece reproduzir o diálogo da nossa Lei Fundamental com “outra” entidade constitucional externa e de espectro comum. As Constituições nacionais, incluindo a portuguesa, parecem orientar-se, aliás, crescentemente em dois sentidos só aparentemente contraditórios. Por um lado, embora por vezes até sem alterações formais (Constituições holandesa e italiana, por exemplo), reconhecem a mudança qualitativa operada, inscrevendo-se no processo que conduz à construção de uma verdadeira União Política. Por outro lado (ver sentença do Tribunal Constitucional alemão, sobre Maastricht), põem um número crescente de condições para não se verem alienadas no processo e deixarem alienar princípios, como os da Democracia e do Estado de Direito, de que são ainda os mais sólidos pilares. De acordo com o mesmo Professor, os princípios e estruturas da Constituição nacional não só não podem ser atingidos na sua identidade como vêm assim assegurado o seu prolongamento e continuidade através de um Direito Constitucional europeu que, na senda do propósito constitucionalista, visa a civilização jurídica do poder bruto, em esferas onde a economia e a política haviam outra vez chegado antes do direito⁹⁵⁸.

Em síntese, como já referimos nesta Parte, há várias décadas, desde praticamente os anos sessenta, que alguns Autores começaram a falar de “Constituição da Comunidade”. Com a aprovação do Tratado de Maastricht intensificaram-se as publicações no sentido de responder a esta questão, sendo que nos últimos anos se passou a referir abertamente a possibilidade de existência da mesma.

Da análise doutrinal que efectuámos concluímos que a divisão entre os Autores que têm tratado o tema é clara⁹⁵⁹. O que em certa medida é também reflexo das dúvidas e contestações que existem a propósito da orientação futura do processo de integração (questão que também já abordámos neste trabalho, em Parte anterior). Assim, para concluir esta Parte podemos enquadrar o pensamento dos diferentes autores em dois grandes grupos: o daqueles

⁹⁵⁸ Ver: PIRES, Francisco Lucas - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** ..., cit., especialmente p. 101-118.

⁹⁵⁹ Sobre esta questão pode ver-se: CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización** ..., cit., p. 243 e ss..

que rejeitam a existência da Constituição Europeia, e o daqueles que a defendem, se bem que com algumas limitações.

Aqueles que negam baseiam-se em argumentos como: “onde não há Estado não há Constituição”, “onde não há povo, não há Estado”, “os tratados são apenas tratados internacionais entre Estados”, etc.. Outros encontram-na nos tratados institutivos ou, pelo menos, defendem a existência de elementos constitucionais dispersos.

Na nossa opinião, o enfoque material é o mais adequado, pois existem alguns elementos no Direito Comunitário que, hoje em dia, podem ser considerados como materialmente constitucionais. Tal como afirma Guilherme D'Oliveira Martins sobre a Constituição da União Europeia em sentido material, defendendo a sua existência no plano económico, embora a questione no plano jurídico. No entanto, identifica alguns princípios jurídicos fundamentais da Constituição Europeia que são: o da democracia, o da autonomia do ordenamento jurídico, o da primazia do Direito Comunitário, o da subsidiariedade, o da competência de atribuições, o da legalidade e o da não discriminação. Aquele Autor entende que a União Europeia já possui uma “Constituição” material com características originais, nas quais se ligam os textos dos tratados e o “*acquis*” comunitário. De acordo ainda com o mesmo Autor, é esta via que deve ser aprofundada, nomeadamente quando das alterações a introduzir a partir das Conferências Intergovernamentais⁹⁶⁰.

⁹⁶⁰ Ver em: MARTINS, Guilherme D'Oliveira - Europa e Constituição. A Revisão Constitucional de 1992. Algumas Notas. In *Estado & Direito*. Lisboa. N.º 11: (1993), p. 59-73, especialmente p. 71-72; BORELLA, François - Soberanía, Supremacia Y Reparto de Poderes. In PÉREZ CALVO, Alberto (coord.) - “Estado, Nación Y Soberanía (Problemas actuales en Europa)”. Madrid: Secretaría General del Senado - Dirección de Estudios y Documentación, 2000, p. 23-44, especialmente p. 40-41. Também sobre a existência de uma Constituição da U.E.M. pode ver-se: SNYDER, Francis - EMU revisited: Are We Making a Constitution? What Constitution Are WE Making? In GRAIG, Paul e BÚRCA, Gráinne de - “The Evolution of EU Law”. 1.ª ed.. Oxford: University Press, 1999, p. 417-477.

CONCLUSÃO

No momento de finalizarmos este trabalho o sentimento que nos domina é de que muitas questões ficaram ainda por abordar e alguns caminhos por explorar, no entanto, vamos tentar concluir e, reflectindo sobre o percurso que efectuámos podemos dizer que:

I - Os constitucionalistas ao estudarem o tema Constituição têm, cada vez mais, de o encarar na perspectiva das relações internacionais, dos grandes espaços económicos e políticos e da globalização, como já referimos. Com a criação das Nações Unidas, à escala mundial, e o aparecimento de variadas formas de organizações internacionais e das Comunidades Europeias, tornou-se impossível considerar o estudo da Constituição independentemente dos diferentes modos de inserção internacional dos Estados. O processo de globalização que tem vindo a desenvolver-se na sociedade internacional, nos últimos tempos, não se esgota apenas na esfera económica, mas abrange também a integração social e cultural, e tem conduzido a fenómenos de regionalização internacional que se manifestam na formação de grandes agrupamentos de Estados. O Direito Internacional contemporâneo já não tem unicamente a função clássica de regular as relações entre Estados e distribuir as competências entre eles, antes atende para além disso ao desenvolvimento dos povos e indivíduos, o que exige uma cooperação em muitas matérias que antes eram assumidas exclusivamente pelos Estados e se regulavam pelo Direito interno. É certo que a cooperação internacional se institucionalizou em alguns campos e, em tais condições o reforço institucional trouxe novas dimensões à questão das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. Mas o reforço institucional não teve lugar em todos os casos, e o Direito Internacional ao abranger, progressivamente, matérias reguladas tradicionalmente pelo Direito interno dos Estados, tornou as possibilidades de conflito, hoje em dia, maiores do que no passado e o Direito Internacional necessita, mais do que nunca, apoiar-se nos Direitos nacionais. Estamos, portanto, perante uma matéria de singular importância⁹⁶¹. A Constituição portuguesa dá abertura ao Direito Internacional, no entanto o artigo 8.º não é suficientemente

⁹⁶¹ Ver: PASTOR RIDRUEGO, José Antonio - **Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales**. 6.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1996, p. 191-193.

explícito quanto ao valor hierárquico do mesmo, parece não haver dúvidas quanto ao valor supra-legislativo do Direito Internacional geral ou comum, isso por força do artigo 8.º, n.º 1, quanto ao demais Direito Internacional convencional particular, entende-se que ele cede perante a Constituição mas tem valor supralegal, isto é, prevalece sobre a lei interna, anterior ou posterior. Ou seja, trata-se da posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega. A maior parte dos Autores inclina-se para essa orientação, por força da redacção actual dos preceitos da Constituição que sujeitam os tratados internacionais à fiscalização da sua constitucionalidade⁹⁶². De acordo com a tese monista moderada, com primado do Direito Internacional, que se encontra consagrada no artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, parece não restar ao intérprete outra solução que não seja a de atribuir valor infraconstitucional, ainda que supralegal, àqueles tratados. A lei interna, anterior ou posterior, que contrarie uma convenção internacional, para além de constituir o Estado português em responsabilidade internacional é ineficaz⁹⁶³. Apenas a Constituição holandesa, como já vimos, admite a supremacia dos tratados sobre as normas constitucionais, quando aprovados por maioria de 2/3 dos membros do Parlamento - artigo 91.º, n.º 3⁹⁶⁴. Bastaria também lembrar, no que se refere a um Tratado, como o de Maastricht de 1992, a necessidade de se proceder à prévia revisão constitucional para ele poder ser aprovado (tal como noutros países)⁹⁶⁵. Se este tratado valesse como base de um novo e superior Direito, ele vincularia os Estados e entraria em vigor independentemente disso e, depois, seriam as normas constitucionais desconformes que teriam de ser tidas como ineficazes ou revogadas⁹⁶⁶. No entanto, parece que o ideal seria, numa próxima revisão constitucional, alterar-se o artigo 8.º de molde a tornar-se mais explícito o valor atribuído às convenções internacionais, assim, por exemplo, o legislador constituinte em Cabo-Verde copiou o nosso artigo 8.º mas

⁹⁶² Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 119- 121.

⁹⁶³ Ver: PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito ...**, cit., p. 122-124.

⁹⁶⁴ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito ...**, cit., p. 287, pé-de-página n.º 34.

⁹⁶⁵ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito ...**, cit., p. 287, pé-de-página n.º 35.

⁹⁶⁶ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. 3.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994, p. 195-196, citado pelo mesmo Autor em - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In *AB VNO AD OMNES - 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, (1995), p. 287, pé-de-página n.º 36. E ainda MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, especialmente p. 158-160.

acrescentou-lhe um novo n.º 4 onde estabelece a superioridade das convenções internacionais face às leis ordinárias.

II - As relações entre o Direito Internacional e o Direito interno contemplam-se sob uma óptica nova e algumas organizações internacionais, como as Comunidades Europeias, podem adoptar normas que produzem efeitos directos no Direito interno, estabelecendo, para além disso, órgãos jurisdicionais que admitem o acesso dos particulares.

A maior parte da doutrina admite a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito estadual, quando um Estado adere às Comunidades aceita implicitamente a sua ordem jurídica com todas as suas características essenciais, com todos os seus atributos próprios e o primado é o primeiro deles. Esta visão “comunitarista” ou “comunitária” do primado cabe perfeitamente dentro dos parâmetros do monismo com primado do Direito Internacional, mesmo sem a necessidade de alcançar o monismo radical, de Kelsen, dado que aquela concepção do primado, como ficou claro no caso *Simmenthal*, não defende a sanção, de tipo federal, da nulidade para a norma estadual que contrarie a norma comunitária, mas apenas a da sua ineficácia ou inaplicabilidade. Mesmo porque, defender a invalidade da norma interna incompatível só se afigura possível no âmbito de um “super-Estado federal”. Mas o Estado continua a ser o senhor da decisão do “como” e do “quando” deverá conformar o seu Direito ao Direito Internacional.

O legislador constituinte português, na revisão constitucional de 1982, introduziu o n.º 3 no artigo 8.º para abranger as normas de Direito Comunitário, mas este suscita imensas dificuldades de interpretação. Partindo do princípio de que é de facto o primado que se encontra contemplado no artigo 8.º, n.º 3, ele não engloba o Direito Comunitário originário, que está previsto no artigo 8.º, n.º 2. Resulta daí que, no sistema da nossa Constituição, os tratados comunitários não primam pelo menos sobre o Direito interno de grau constitucional. Este entendimento é reforçado pelo facto dos artigos 204.º, 277.º, 278.º, n.º 1, e 279.º submeterem todos os tratados internacionais, sem excepção, à fiscalização da constitucionalidade. Acresce, ainda, que o artigo 8.º, n.º 3, nem sequer atribui primado a todo o Direito derivado. De facto, ele só se refere às “normas” emanadas dos órgãos comunitários dotadas de aplicabilidade directa. Ora, mesmo que nos concentremos apenas no Tratado das Comunidades Europeias vemos que, das manifestações de Direito derivado constantes do artigo 249.º do T.C.E., e excluindo a recomendação e o parecer, que não são obrigatórios, só o

regulamento, de acordo com aquele artigo, reúne simultaneamente os dois requisitos do artigo 8.º, n.º 3, isto é, constitui uma norma e goza de aplicabilidade directa na ordem interna estadual. A directiva não é directamente aplicável e a decisão, mesmo quando beneficia de aplicabilidade directa (o que só acontece quando ela tem como destinatários sujeitos internos dos Estados), é sempre um acto individual e concreto e nunca uma norma.

Portanto, o artigo 8.º, n.º 3, é duplamente imperfeito: por um lado, enquanto prevê directamente a aplicabilidade directa, nega-a indevidamente às decisões que se dirijam aos sujeitos internos dos Estados-membros, por outro lado, na medida em que está a pensar no primado, recusa-o às directivas⁹⁶⁷ e às decisões, que, como actos de Direito derivado, não há dúvida que prevalecem sobre todo o Direito interno dos Estados-membros, por força da teoria geral do primado do Direito Comunitário, e da mesma forma como os regulamentos.

Quanto à questão da supraconstitucionalidade, avança-se mais no sentido de que as Constituições estatais e o Direito Comunitário se interligam mas sem se sobrepor, há uma coexistência e praticamente não entram em conflito, o que se verifica é que, em muitos casos, como por exemplo em Portugal, a parte económica das Constituições estaduais já foi substituída pelo Direito Comunitário, no entanto, as Constituições preservam um “núcleo duro” de matérias que é intocável (cfr. o artigo 288.º da nossa Constituição, que a doutrina entende que consagra as matérias consideradas como núcleo essencial da Constituição) e insusceptível, por natureza, de integrar o âmbito das competências voluntariamente delegadas.

III – O processo de integração europeia, iniciado nos anos cinquenta, pode vir a cristalizar-se em diferentes fórmulas jurídico-constitucionais, tais como: confederação, federação ou mesmo algo de novo, *sui generis*. Podemos talvez dizer que as Comunidades Europeias se traduzem numa união cada vez mais estreita entre Estados democráticos e soberanos, os quais num processo, baseado em tratados, vão integrando, diversos âmbitos da sua soberania, sendo que alguns permanecem menos integrados ou até por integrar; no entanto, em algumas áreas (agricultura, comércio externo, moeda, etc.) aquela união já passou a fronteira do internacional para se converter numa verdadeira união política. Trata-se, como já vimos, de uma entidade com elementos federais na esfera comunitária, em especial nos

⁹⁶⁷ No entanto, como já vimos na Parte II, Capítulo II, ponto 1.4., deste trabalho, o Professor Silva Cunha considera que quanto às directivas, o artigo 112.º, n.º 9 da Constituição, veio consagrar a técnica da transformação, e como tal uma vez transpostas passam a Direito interno. Ver CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 116.

aspectos institucionais e jurídicos, enquanto noutros âmbitos permanece com características confederais e internacionais, é assim uma estrutura política *sui generis*, como já dizia o Professor Lucas Pires⁹⁶⁸. Mas a existência destes elementos pode permitir, seguindo um processo evolutivo próprio da natureza das Comunidades, abrir as portas para uma integração política e constitucional.

IV - Foi a partir, sobretudo, do ano 2000 que se começou a falar abertamente de uma possível Constituição Europeia, embora já em 1994 tivesse sido apresentado ao Parlamento Europeu um projecto de Constituição⁹⁶⁹. A União Europeia deveria deixar de se basear no Direito Internacional, ou seja nos tratados, para passar a basear-se numa lei fundamental auto-constituente, onde o que contaria seria a vontade soberana da própria União. Entende-se, hoje em dia, que esta Constituição ainda não existe, pelo menos do ponto de vista formal, ou seja, como um texto sistematizado ou codificado. As Comunidades não são ainda um Estado, e a ideia de Constituição está essencialmente ligada à ideia de Estado e como já vimos também não existe um verdadeiro poder constituinte, um “povo europeu”, mas sim um conjunto de povos e Estados europeus ainda que já consideravelmente integrados, bem como não existem outros elementos constitucionais considerados como essenciais, no entanto, pode já descortinar-se a existência de uma Constituição em sentido material, admite-se a existência de elementos constitucionais dispersos pelos tratados e na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades, ressalta-se a importância do papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça na progressiva aparição desses elementos, ou dito doutra forma, na constitucionalização da União Europeia. Assim, nesta perspectiva, podemos encontrar elementos constitucionais: nos Tratados institutivos das Comunidades Europeias, na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, nas Constituições dos Estados-membros, na jurisprudência dos tribunais superiores dos Estados-membros e nos valores e princípios constitucionais da União Europeia e dos seus Estados-membros. Existem assim certos elementos materialmente constitucionais cujo grau de desenvolvimento é diferente. Assim por exemplo, está garantida

⁹⁶⁸ Já referenciado na Parte III, Capítulo II, ponto 2.3., deste trabalho.

⁹⁶⁹ Ver Resolução sobre a Constituição da União Europeia aprovada pelo Parlamento Europeu em 10 de Fevereiro de 1994, segundo o relatório *Hermann*, no Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 61 de 28/02/1994. No ano 2000, o ministro alemão dos negócios estrangeiros resolveu relançar a ideia da federação e de Constituição Europeia, o filósofo alemão Jurgen Habermas veio também defender, numa intervenção proferida em Roma e da qual o diário “La Repubblica” deu notícia, que “a União Europeia não pode continuar a estar baseada somente nos tratados internacionais, mas antes se deve conceber como ordem política que os cidadãos da Europa se dêem a si mesmos”.

uma certa submissão das instituições europeias ao império do Direito, bem como aos direitos fundamentais e uma certa separação de poderes, mas encontramos também uma repartição de competências entre a União e os Estados-membros e uma série de princípios como o da subsidiariedade e da lealdade comunitária. O Tribunal de Justiça actua como árbitro, enquanto os princípios da primazia e da aplicabilidade directa procuram garantir a actuação efectiva das instituições europeias.

O avanço da integração actualmente existente para uma definitiva integração política, prevista desde o início como o objectivo mediato e final, ditará a existência ou não de uma Constituição Europeia em sentido formal, e tudo indica que num futuro talvez próximo, no final da integração europeia, talvez seja necessária essa Constituição, tudo depende da forma de organização política adoptada.

V – No actual debate sobre o futuro da União Europeia, uma das questões mais discutidas é a de saber se a União deve adoptar uma Constituição. No entanto, como acabamos de ver, a Constituição já existe, e como também se sabe uma Constituição não tem de ser escrita, nem tem de se assumir como tal. No Reino Unido continua a não existir um documento solene com o nome Constituição e que regule, por si só, os pontos essenciais da vida política. No entanto, o processo de aprovação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia animou a ideia da criação de uma Constituição Europeia, desde logo porque sempre se pensou nela como um primeiro capítulo de uma futura Constituição, e também porque o procedimento adoptado para a sua elaboração, que envolveu os parlamentos nacionais e o Parlamento Europeu, isto é, os órgãos representativos dos cidadãos dos Estados e da União Europeia, e não directamente os governos, foi considerado como inovador e como exemplo para a elaboração de uma futura Constituição de uma eventual federação. No entanto, como já referenciámos, a Carta foi aprovada apenas como uma declaração política sem força juridicamente vinculante.

Depois da experiência negativa da Conferência Intergovernamental que levou ao Tratado de Nice de Dezembro de 2000, os Quinze viram-se forçados a anteceder a próxima Conferência - prevista pelo próprio Tratado de Nice para 2004 - de uma vasta reflexão que envolvesse todas as Instituições Europeias e a sociedade civil, através de *fóruns* a criar para esse efeito. Assim, duzentos e quinze anos após a Convenção de Filadélfia que terminou com a redacção da Constituição federal americana, a União Europeia iniciou, em 28 de Fevereiro

de 2002, uma experiência semelhante à dos então 13 Estados recém-independentes. Cento e cinco representantes dos governos e parlamentos dos actuais quinze Estados-membros da União Europeia e dos treze países candidatos à adesão, da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu iniciaram uma Convenção com o intuito de produzir, no prazo de um ano, uma proposta de Constituição para a Europa alargada. O projecto é novo uma vez que as reformas dos tratados têm sido decididas unanimemente pelos governos, nas chamadas Conferências Intergovernamentais. Este modelo, inspirado na Convenção que conduziu à redacção da Carta dos Direitos Fundamentais, foi imposto pela presidência belga da União Europeia em 2001. A Convenção não tem poder de decisão mas apenas de apresentar propostas à Conferência de 2004, à qual caberá a última palavra. Os trabalhos estão a ser conduzidos por Valéry Giscard d'Estaing a par de dois vice-presidentes, os ex-primeiros-ministros belga e italiano, Jean-Luc Dehaene e Giuliano Amato. Os grandes países, sobretudo o Reino Unido, França e Alemanha, não ocultam a vontade de formar um directório em que as decisões seriam tomadas por um pequeno grupo, o que tiraria à Comissão Europeia o papel de garante do interesse geral e da igualdade entre Estados. Os grandes problemas nesta Convenção são: por um lado, o choque entre grandes e pequenos, e por outro lado, entre federalistas e soberanistas actuais e futuros membros da União. O primeiro-ministro britânico, Tony Blair, apoiado implicitamente pela França, e de certo modo pela Espanha e Itália, defendeu na Convenção uma Europa em que o poder residiria sobretudo no Conselho de Ministros e no Conselho Europeu, sendo uma das suas ideias a criação de um cargo de Presidente do Conselho Europeu, em substituição do actual sistema das presidências rotativas, o que diminuiria os poderes da Comissão Europeia e porque no Conselho não existe a característica de procurar um equilíbrio entre os interesses dos grandes e dos pequenos países, uma vez que os grandes têm aqui um poder muito superior ao dos outros devido ao sistema de votos ponderados atribuídos a cada país segundo a sua dimensão.

Joseph Weiler, professor da Universidade de Nova Iorque e do Colégio de Bruges, num recente seminário internacional (em Junho de 2002, realizado no Palácio da Ajuda, por iniciativa do Presidente da República, Jorge Sampaio) sobre “O Modelo político da Europa para o século XXI”, defendeu que a Convenção terá de fazer “quatro escolhas fundamentais” se quiser dar um sentido útil aos seus trabalhos: primeiro, elaborar um documento que reuna os valores e os objectivos fundamentais da União, ao qual ele prefere chamar Carta Constitucional, para evitar o conflito com as Constituições nacionais; segundo, escolher quais

os valores a ser constitucionalizados; terceiro, escolher o modelo institucional face ao aumento dos Estados-membros, e entre as duas vias que estão na mesa da Convenção, a via do reforço da Comissão ou do reforço do Conselho, não quis escolher, apenas manifestou que a segunda via, que poderá levar ao directório, agravará ainda mais o actual “défice democrático” da União; a quarta opção é a da questão da definição dos limites das competências da União Europeia, propondo aqui uma solução de criação de um Conselho Constitucional (semelhante ao francês) presidido pelo Presidente do Tribunal de Justiça e integrado por juízes dos tribunais constitucionais nacionais, com função fiscalizadora preventiva.

Entretanto, em 27 de Outubro de 2002, o Presidente da Convenção apresentou um projecto de Constituição que prevê a possibilidade de um Estado-membro mudar de ideias e abandonar a União. Este projecto deve ser completado pelas deliberações da Convenção mas avança já com algumas ideias como a da liderança política da União Europeia ser conferida a um Presidente eleito pelos Chefes de Estado ou de governo, de um “Congresso”, reunindo membros dos parlamentos nacionais e do Parlamento Europeu, e a definição de um “catálogo de competências” da União Europeia, estabelecendo o princípio de que “todas as competências que não são atribuídas pela Constituição à União permanecem como competência dos Estados-membros”. Também prevê a possibilidade de redução da composição da Comissão Europeia, o que pressupõe que nem todos os Estados teriam o direito de nomear um comissário em simultâneo, bem como é defendida a ideia da eleição dos deputados do Parlamento Europeu ser feita de acordo com o mesmo método em todos os países. A Constituição proposta por Giscard d’Estaing proclama a construção de “uma União de Estados europeus, conservando a sua identidade nacional, que coordenam de forma estreita as suas políticas ao nível europeu, e que gerem, segundo o modelo federal, certas competências comuns”.

Já no mês de Setembro os partidos políticos e alguns governos da União Europeia tinham iniciado um processo de apresentação de projectos de Constituição Europeia, a iniciativa foi assumida pelo PPE o partido conservador/democrata-cristão, que avançou com um projecto de natureza marcadamente federalista.

Mas as divergências são ainda muitas, uns entendem que se está a construir uma nova União, baseada na liberdade, e tendo presente a preservação das diferenças e a salvaguarda dos valores e interesses comuns, sendo certo que os tratados já em vigor formam uma

Constituição material, o que se trata agora é de dotar a União de um Tratado constitucional coerente, legível, simples e mais acessível aos cidadãos, consagrando dois tipos de legitimidade e de soberania - dos Estados e dos Povos. Outros dizem que uma Constituição Europeia não faz sentido, porque uma Constituição democrática pressupõe uma identidade comum suprema que não existe numa União Europeia, onde continuam a existir lealdades nacionais individuais. Outros, ainda, argumentam que a democracia requer a existência de pequenas comunidades com interesses comuns e relações pessoais e que a Europa é talvez demasiado grande para forjar verdadeiras instituições democráticas. Mas se os Europeus quiserem avançar com uma Constituição para a Europa todos os seus laços e valores têm de ser respeitados pela mesma.

VI – Assim, em síntese, qualquer que seja o desenlace da Convenção, o certo é que a União Europeia dispõe já de elementos constitucionais, ou seja, de uma Constituição em sentido material, quanto à existência ou não de uma Constituição formal tudo dependerá do resultado que se vier a obter relativamente aos movimentos federalista e antifederalista que se contrapõem no âmbito do aprofundamento da integração política⁹⁷⁰.

⁹⁷⁰ Nesta última parte das conclusões seguiu-se informações fornecidas por vários meios de comunicação. As ideias apresentadas podem ser aprofundadas não só nas obras já citadas ao longo deste trabalho como ainda em alguns artigos, tais como: MADURO, Miguel Poiars - Europa: O momento constituinte. In Brotéria. Vol. 154: (Janeiro 2002), p. 57-82; RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - O Direito Internacional, o Direito Comunitário e a nossa Constituição - Que Rumo? In "Estudos em Comemoração dos 5 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto". Coimbra: 2001, p. 939-963; MIRANDA, Jorge - O Direito Constitucional Português da Integração Europeia - Alguns Aspectos. In "Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976". Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 15-63; PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - Por una Constitución europea pluralista. In Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. Madrid: Antón Fontán. N.º 71, 2.ª Série - XLIV: (2000), p. 68-83; FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa - La Noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 40: (Janeiro-Abril de 1994), p. 241-289; DIEZ-PICAZO, Luis Maria - Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea. In Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 20, n.º 2: (1993), p. 533-559; PIRES, Francisco Lucas - A Caminho de Uma Constituição Política Europeia? In Análise Social. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Vol. XXVII, n.ºs 118-119: (Agosto de 1991), p. 725-737.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria e VILÀ COSTA, Blanca (dir.) - **Lecciones de Derecho Comunitario Europeo**. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1998. ISBN 84-344-1583-4.

ABELLÀN, Joaquín - Liberalismo clássico (de Locke a Constant). *In* ANTÓN MELLÒN, Joan (ed.) - *Ideologias y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, 1998.

ABI-SAAB, Georges - Cours Général de Droit International Public. *In* Recueil des Cours de L'Académie de Droit International Public. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 90-411-0317-1. Vol. VII, tome 207: (1987), p. 15-459.

ABRAHAM, R. - **Les effets des conventions internationales en droit interne**: Apêndice à sua obra **Droit international, droit communautaire et droit français**. Paris, 1989.

ADINOLFI, Adelina - The Judicial Application of Community Law in Italy (1981-1997). *In* Common Market Law Review. The Netherlands: Kluwer Law International. ISSN 0165-0750. Vol. 35, n.º 6: (December 1998), p. 1313-1367.

AGARWAL, Aman - Unified New Europe & Its Effects On Global Village [Model For: "The New Europe"]. A Universidade Portucalense e a Cidade - 15 Anos de Ensino Superior no Porto. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique - Departamento de Publicações. ISSN 972-9354-35-9, (2001), p. 247-279.

AKEHURST, Michel - **Introdução ao Direito Internacional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. 357 p..

ALLAND, Denis - Jurisprudence Française en Matière de Droit International Public. *In* Revue Général de Droit International Public. Paris: Editions A. Pedone. Tome CII: (1998-1), p. 203-244.

ALONSO GARCIA, Ricardo - **Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994. 668 p.. ISBN 84-8004-140-4.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira - **Lições de Direito Comunitário**. 2.^a ed., ampliada e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. 485 p.. ISBN 972-32-0568-8.

ALVES, J. M. Caseiro - Sobre o possível "efeito directo" das directivas comunitárias (a propósito do acórdão "*Cohn-Bendit*" do Conselho de Estado Francês). In Revista de Direito e Economia. Coimbra: Edição do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos. N.º 1-2: (Jan-Dez 1983), p. 195-220.

AMARAL, Diogo Freitas de - **Ciência Política**. Lisboa, 1991. 255 p..

_____ - **História das Ideias Políticas**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. 410 p.. ISBN 972-40-1076-7.

_____ - **História das Ideias Políticas: Apontamentos**. Rio de Mouro: Pedro Ferreira - Artes Gráficas, 1998. 320 p..

_____ - Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil. In Themis - Revista de Direito. Coimbra: Livraria Almedina. ISSN 972-40-1330-8. Ano I - n.º 1: (2000), p. 9-20.

ANAND, R. P. - **Sovereign Equality of States in International Law**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. 219 p.. ISBN 90 247 3521 1.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano - **Le Domaine Réservé - L' Organisation Internationale et le Rapport entre Droit International et Droit Interne: Cours Général de Droit International Public**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. 475 p.. ISBN 7923-2372-6.

ASCENSÃO, José de Oliveira - **O Direito - Introdução e Teoria Geral: Uma Perspectiva Luso-Brasileira**. 10.^a ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. 658 p.. ISBN 972-40-1051-1.

BAPTISTA, Eduardo Correia - **Direito Internacional Público: Conceito e Fontes**. Lisboa: Lex, 1998. 481 p.. ISBN 972-9495-73-4.

BARBERIS, A. Julio - **Les Règles Spécifiques du Droit International en Amérique Latine**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. 135 p.. ISBN 0-7923-2641-5.

BÉCHILLON, Denys de - De Quelques Incidences du Contrôle de la Conventionnalité Internationale des Lois par le Juge Ordinaire. In Revue Française de Droit Administratif. Paris: Editions Sirey, (Mars-Avril 1998), p. 225-242.

BELLAMY, Richard e CASTIGLIONE, Dario - Democracy, Sovereignty and the Constitution of Europe Union: the Republican Alternative to Liberalisme. In BANKOWSKI, Zenon e SCOTT, Andrew - "The European Union and Its Order - The Legal Theory of European Integration". Oxford: Blackwell publishers, Ltd, 2000. ISBN 0-631-21504-2, p. 169-191.

BERNHARDT, Rudolf - As Fontes do Direito Comunitário: A "Constituição" da Comunidade. In Comissão das Comunidades Europeias (org.) - "Trinta anos de Direito Comunitário". Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 73-87.

_____ - Le fonti del diritto comunitario. In "Trent'anni del diritto comunitario: la "costituzione" europea". Bruxelas/Luxemburgo, 1981, p. 71 e ss..

BESNÉ MAÑERO, Rosario; CANEDO ARRILLAGA, José Ramón e PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz - **La Unión Europea: História, Instituciones y Sistema Jurídico**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998. 265 p.. Serie Derecho, n.º 68. ISBN 84-7485-570-98.

BONAVIDES, Paulo - **Ciência Política**. 3.^a ed.. Companhia Forense de Artes Gráficas, 1979. 627 p..

BORCHARDT, Klaus-Dieter - **O ABC do Direito Comunitário**. 4.^a ed.. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1994. 67 p.. Documentação Europeia. ISBN 92-826-6297-7.

BURDEAU, G. - Une Survivance: la notion de Constitution. In “L' Évolution du Droit Public. Études en honneur d' Achille Mestre”. Paris, 1956.

BORELLA, François - Soberanía, Supremacia Y Reparto de Poderes. In PÉREZ CALVO, Alberto (coord.) - “Estado, Nación Y Soberanía (Problemas actuales en Europa)”. Madrid: Secretaría General del Senado - Dirección de Estudios y Documentación, 2000. ISBN 84-88802-46-3, p. 23-44.

BOULOIS, Jean - Le Droit des Communautés Européennes. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 0-7923-2641-5. Vol. IV, tome 235: (1992), p. 13-78.

BOULOIS, Jean - Le Droit des Communautés Européennes dans les Rapports avec le Droit International Général. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISBN 0-7923-2641-5. Tome 235: (1993), 71 p...

_____ - Les Droits des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international general. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 0-7923-2641-5. Vol. IV: (1992), p. 18-79.

BOURLANGES, Jean-Louis - L'Union Européenne au Lendemain D'Amsterdam: Une Évaluation Politique. In Pouvoirs - Revue française D'Études Constitutionnelles et Politiques. Paris: Centre National du Livre. N.º 84: (1998), p. 133-161.

BOYE, Abdelkader - The Application of the Rules of International Public Law in Municipal Legal Systems. *In* BEDJAOUI, Mohammed - "International Law: Achievements and Prospects". Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. ISBN 92-3-102716-6 (UNESCO), p. 289-298.

BOYE, Abdelkader - L'Application des Règles du Droit International Public dans les Ordres Juridiques Internes. *In* BEDJAOUI, Mohammed "Droit International - Bilan et Perspectives". Paris: Éditions A. Pedone, 1991. ISBN 2-233-00221-0, p. 301-315.

BRAVO, Luigi Ferrari - Prospective del Diritto Internazionale Alla Fine del Secolo XX. *In* Rivista di Diritto Internazionale. Milano: Giuffrè Editore. Vol. LXXIV: (1991), p. 525-533.

_____ - **Lezioni di Diritto delle Comunità Europee**. Napoli, Milano: Editoriale Scientifica, S.r.l., 1992. 274 p.. ISBN 88-85370-16-0.

_____ - **Lezioni di Diritto Internazionale**. 3^a ed.. Napoli: Editoriale Scientifica, 1994. ISBN 88-85370-11-X..

BRIBOSIA, Hervé - Applicabilité Directe et Primauté des Traités Internationaux et du Droit Communautaire. *In* Revue Belge de Droit International. Bruxelles: Bruylant. ISSN 0035-0788. Vol. XXIX: (1996 - 1), p. 33-89.

BRIERLY, J. L. - **Direito Internacional**. 4^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

BRITO, Wladimir - **Direito Internacional Público: Parte Histórica e Fontes**. Braga, 1995.

BROWNLIE, Ian - **Princípios de Direito Internacional Público**. 4^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 799 p.. Manuais Universitários. ISBN 972-31-0759-7.

CABO, António del e PISSARELLO, Gerardo - **Constitucionalismo, Mundialización Y Crisis del Concepto de Soberanía**. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000. 185 p.. ISBN 84-7908-560-6.

CABRAL DE MONCADA, António - **Curso de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. 360 p..

CAETANO, Marcello - **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAMILLERI, Joseph A. and FALK, Jim - **The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World**. England: Edward Elgar Publishing Limited, 1994. 297 p.. ISBN 1-85278-699- X.

CAMPOS, João Mota de - **As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1985.

_____ - A União Europeia - Sorvedouro das Soberanias Nacionais? *In* “Estudos em Homenagem ao Professor Adriano Moreira”. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1995, p. 137-154.

_____ - **Direito Comunitário: O Direito Institucional**. 8.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 870 p.. ISBN 972-31-0776-7.

_____ - **Direito Comunitário - O Ordenamento Jurídico Comunitário**. 5.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 917 p.. ISBN 972-31-0777-5.

_____ - **Manual de Direito Comunitário: O Sistema Institucional - A Ordem jurídica - O ordenamento Económico da União Europeia**. 1.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 2000. 708 p.. Manuais Universitários. ISBN 972-31-0849-6.

CANCELA OUTEDA, Celso - **El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Universitario Sur Santiago de Compostela, 2001. 559 p.. ISBN 84-8121-889-8.

CANNIZZARO, Enzo - Un Nuovo Indirizzo della Corte Costituzionale Tedesca sui Rapporti fra Ordinamento Interno e Norme Comunitarie Derivate. *In* Rivista di Diritto Internazionale. Milano: Giuffrè Editore. Vol. LXXI: (1988), p. 24-47.

CANO MONTEJANO, José Carlos - **La Integración Europea desde el Tribunal Constitucional Alemán**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 344 p.. ISBN 84-259-1150-8.

CANOTILHO, Joaquim Gomes - **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 4.^a ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

_____ - **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. 1291 p.. ISBN 972-40-1069-4.

_____ - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1647-1.

CANOTILHO, J. J. Gomes e VITAL MOREIRA - **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. ISBN 972-32-0476-6.

_____ - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPOTORTI, Francesco - Cours Général de Droit International Public. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 90-411-0164-0. Tome 248 - IV: (1994), p. 9-344.

CARREAU, Dominique - **Droit International**. Paris: Editions A. Pedone, 1994.

CARRERAS SERRA, Francesc - Por una Constitucion Europea. In Revista de Estudios Politicos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.º 90: (1995).

CARRILLO SALCEDO, Juan António - **Curso de Derecho Internacional Público: Introducción a su Estrutura, Dinámica y Funciones**. 1ª ed., 4.ª reimpressão. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. 333 p.. ISBN 84-309-2064-1.

_____ - Cours Général de Droit International Public. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 90-411-0440-2. Tome 257: (1996), p. 38-211.

CARSTENS, Karl - A Posição do Direito Comunitário Europeu perante o Direito Interno. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. Vol. LVI: (1980), p. 45-53.

CARVALHO, M. J. Proença de - **Ciência Política e Direito Constitucional**. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 1995. 156 p.. Série de Textos de Apoio - 1. ISBN 8296-02-9.

CASSESE, A.- Modern Constitutions and International Law. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 90 247 3373 1. Vol. III, tome 192: (1985), p. 341-475.

CASSESE, S. - La Costituzione europea. In Quaderni costituzionale. Bolonha. Ano XI, n.º 3: (Dezembro de 1991), p. 487 e ss..

CAUPERS, João - **Direito Internacional Público II**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

CEREXHE, Etienne - **O Direito Europeu: As Instituições**. Lisboa: Editorial Notícias, 1979. 355 p.. Colecção Jurídica.

CHALTIEL, Florence - Commentaire de la Décision du Conseil Constitutionnel Relative au Traité d'Amsterdam. *In* Revue du Marché Commun et de L'Union Européenne. Paris: Les Éditions Techniques et Économiques. N.º 415: (Février 1998), p. 73-85.

_____ - Droit constitutionnel et droit communautaire. *In* Revue Trimestrelle de Droit Européen. Paris: Editions Dalloz. ISSN 035-4317. N.º 3: (Septembre 1999), p. 396-408.

_____ - La Constitution Française et L'Union Européenne. *In* Revue du Marché Commun et de L'Union Européenne. Paris: Les Éditions Techniques et Économiques. N.º 427: (Avril 1999), p. 228-237.

CHITI, Mario P. - La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o "Monstro simile"? *In* Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Milano: Giuffrè Editore. N.º 3/4: (1996), p. 591-613.

COMBACAU, Jean et SUR, Serge - **Droit International Public**. Paris: Editions Montchrestien, E. J. A., 1995. 795 p.. ISBN 2-7076-0688-X..

CONFORTI, Benedetto - Cours Général de Droit International Public. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Public. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 0-7923-1411-5. Vol. V, tome 212: (1988), p. 13-206.

CONSTANTINESCO, Vlad - Estados, Naciones Y Unión Europea. *In* PÉREZ CALVO, Alberto (coord.) - "Estado, Nación Y Soberanía (Problemas actuales en Europa)". Madrid: Secretaría General del Senado - Dirección de Estudios y Documentación, 2000. ISBN 84-88802-46-3, p. 436-449.

COURTY, Guillaume; DEVIN Guillaume - **La Construction Européenne**. Paris: La Decouverte, 2001. 123 p.. ISBN 2-7071-3572-0.

CRAIG, Paul; GRÁINNE DE BÚRCA - **EC LAW - Text, Cases, and Materials**. Oxford: Clarendon Press, 1996. 1160 p.. ISBN 0-19-876273-9.

CROISAT, Maurice et QUERMONNE, Jean-Louis - **L'Europe et le Fédéralisme - Contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental**. 2.^a ed.. Paris: Montchrestien, E.J.A., 1999. 151 p.. ISBN 2-7076-1125-5.

CUNHA, J. da Silva - **História Breve das Ideias Políticas**. Porto: Lello & Irmão - Editores, 1981. 302 p..

_____ - **Direito Internacional Público: Introdução e Fontes**. 5.^a ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 291 p.. ISBN 972-40-0612-3.

CUNHA, J. Silva e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale - **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. 687 p.. ISBN 972-40-1301-4.

CUNHA, Paulo de Pitta e - **Integração Europeia: Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1993. Estudos Gerais - Série Universitária. ISBN 972-27-0589-X.

_____ - Os Impulsos Federais na Constituição Europeia. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada. ISSN 0870-3116. Vol. XLI - n.º 1: (Dezembro 2000), p. 7-17.

_____ - As Cooperações Reforçadas na União Europeia. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. Ano 61: (2001), p. 1219-1228.

CUNHA, Paulo de Pitta; RUIZ, Nuno - O Ordenamento Comunitário e o Direito Interno Português. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. Ano 55: (1995), p. 341-352.

DAGTOGLOU, Prodromos D. - A Natureza Jurídica da Comunidade Europeia. In Comissão das Comunidades Europeias (org.) - “Trinta Anos de Direito Comunitário”. Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 35-45.

D'AMATO, Anthony - Is International Law Really Law? In KOSKENNIEMI, Martti - "International Law". England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1992. ISBN 1 85521 157 2, p. 25-47.

DANIŁOWICZ, Witold - The Relation between International Law and Domestic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice. In Polish Yearbook of International Law. Ossolineum: Maison D'Édition de L'Académie Polonaise des Sciences. ISSN 055-498X. Vol. XII: (1983), p. 153-164.

DAVID, Marcel - A Propos de la souveraineté: Deux relectures de Carl Schmitt. In Droit Public. Paris: Librairie Générale e Droit et de Jurisprudence. Vol. 3: (Mai-Juin 1999), p. 661-697.

DELPÉRÉE, Francis - Les rapports de cohérence entre le droit constitutionnel et le droit international public. In Revue française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. ISSN 1151-2385. Vol. 3: (Février 1999), p. 729-740.

_____ - **Le Fédéralisme en Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. 127 p.. ISBN 2 13 050685 2.

DERMOTT, J. Devine - The Relationship between International Law and Municipal Law in the Light of the Interim South African Constitution 1993. In International and Comparative Law Quarterly. London: the British Institute of International and Comparative Law. ISSN 0020-5893. Vol. 44: (1995), p. 1-18.

DIAS, João Pedro Simões - **O Conselho Europeu e a Ideia da Europa**. Aveiro: Fedrave, 1995. 571 p.. ISBN 972-8046-02-2.

DIEZ DE VELASCO, Manuel Vallejo - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 9.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. 855 p.. ISBN 84-309-2095-1.

_____ - **Las Organizaciones Internacionales**. 11.^a ed.. Madrid: Tecnos, 1999.

_____ - **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. 953 p.. ISBN 84-309-3737-4.

_____ - **Las Organizaciones Internacionales**. 12.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. 861 p.. ISBN 84-309-3786-2.

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier - **La Posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario**. Madrid: Mc Graw Hill, 1998. 225 p.. ISBN 84-481-1430-2.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria - Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea. In Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. ISSN 0210 - 0924. Vol. 20, n.º 2: (1993), p. 533-559.

DUARTE, Maria Luísa - **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997.

DUGUIT, Léon - **Manuel de Droit Constitutionnel: Théorie générale de l' État - Organisation Politique**. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1907. 1135 p..

DUPUY, Pierre-Marie - **Droit International Public**. Paris: Éditions Dalloz-Sirey, 1992. 525 p.. ISBN 2-247-01343-0.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline - Le Droit International Fait-Il Partie Du Droit Anglais? In Reuter, P. - "Mélanges Offerts a Paul - Le Droit International: Unité et Diversité". Paris: Éditions A. Pedone, 1981. ISBN 2-333-00091-9, p. 243-268.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline; GRIEF, Nicolas A.; JARVIS, Malcolm - L'Application du Droit Communautaire par les Jurictions Britanniques (1996-1997). In Revue Trimestrielle de Droit Européen. Paris: Editions Dalloz. (1998), p. 94-109.

Editorial Comments (org.) - "The Identity of the European Union from the prespective of third countries". The Netherlands: Kluwer Law International. ISSN 0165-0750. Vol. 36, n.º 5: (s.d.).

EHRHARDT, Carl A. - Europe Between National Sovereignty and Integration. In Aussen Politik. Hamburg: German Foreign Affairs Review. Vol. 38: (1/87), p. 103-119.

ELAZAR, Daniel - **Exploración del federalismo**. Barcelona: Hacer, 1990.

ELAZAR, Daniel - **Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements**. 2.^a ed... Harlow-Essex: Longman, 1994.

ELEFTHERIADIS, Pavlos - Aspects of European Constitutionalism. In European Law Review. London: Sweet & Maxwell. ISSN 0307 5400. Vol. 21, n.º1: (1996), p. 32-44.

ENGISH, Karl - **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 7.^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 393 p.. ISBN 972-31-0192-0.

ESPADA, Cesario Gutiérrez - **Derecho Internacional Público**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995. 699 p.. ISBN 84-8164-062-X.

EVERSON, Michelle - Beyond the Bundesverfassungsgericht: On the necessary Cunning of Constitutional Reasoning. In BANKOWSKI, Zenon e SCOTT, Andrew - "The European Union and Its Order - The Legal Theory of European Integration". Oxford: Blackwell publishers, Ltd, 2000. ISBN 0-631-21504-2, p. 91-113.

FERNANDES, António José - Portugal e as Relações União Europeia - Mercosul. In Lusíada - Revista de Ciência e Cultura. Porto: Departamento de Relações Internacionais da Cooperativa de Ensino Universidade Lusíada do Porto. ISSN 0874-8640. N.º 3: (2002), p. 67-89.

FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa - La Noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 40: (Janeiro-Abril de 1994), p. 241-289.

_____ - La Corte di giustizia quale elemento essenziale nella definizione di Costituzione europea. In Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Milano: Giuffrè Editore. N.º 3/4: (1996), p. 221-239.

FERREIRA, Eduardo Paz - A Constituição Económica de 1976: “Que reste-il de nos Amours?”. In Miranda, Jorge - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 Anos da Constituição de 1976”. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0752-4, p. 384-413.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira - Implicações Constitucionais da Integração Constitucional e Comunitária. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, Lda. ISSN 0870-3116. Vol. XLI - n.º 2: (Janeiro de 2001), p. 611-619.

FORSYTH, Murray - **Schools of Thought of Federalism**. Leicester: University of Leicester, 1966.

FRAGOLA, Massimo - Sovranità degli Stati Membri e Garanzie a Protezione dei Diritti Umani nell'Ordinamento Comunitario. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada. ISSN 0870-3116. Vol. XLII - n.º2: (2001), p. 1435-1483.

FRANCO, António L. Sousa e MARTINS, Guilherme D'Oliveira - **A Constituição Económica Portuguesa: Ensaio Interpretativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 353 p.. ISBN 972-40-0718-9.

FREIRE, Paula Vaz - **Os Novos Passos da Integração Europeia - O Tratado de Amesterdão e o Tratado de Nice**. Lisboa: Vislis Editores, 2002. 155 p.. ISBN 972-52-0129-9.

GALMONT, V. - El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los tratados. *In* Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 1: (1990), p. 9 e ss..

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - La regulación de las competencias de la Unión en el Proyecto de Constitución. *In* OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 197-211.

_____ - El Proyecto de Constitución europea. *In* Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 45: (1995).

GARCIA TREVIJANO, Ernesto - Sobre a incorporación del derecho Comunitario en el Derecho interno: una visión práctica. *In* Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. ISSN 0210 - 0924. Vol. 20, n.º 1: (1993), p. 195-277.

GARCIA-CAMPO, Manuel Delgado-Iribarren - El control jurisdiccional en el proyecto de Constitución Europea. *In* OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 277-302.

GAUTRON, Jean-Claude - **Direito Europeu: Sumários de História e Jurisprudência**. Tradução de: Maria Manuela Morais Cunha, Maria José V. Chena Borrego e Maria Rosa Figueiredo. 1.^a ed.. Lisboa: Publicações D. Quixote, 1992. 269 p.. ISBN 972-20-0977-X..

GERKRATH, Jorg - **L'Emergence d'un Droit Constitutionnel pour l'Europe**. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1997. 425 p.. ISBN 2-8004-1179-1.

GIEGERICH, Thomas - Volehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und PrüfungsKompetenzen von Vertragsgremien. *In* Zeitschrift für Ausländisches

Öffentliches Recht und Völkerrecht. Berlin: Kohlhammer. ISSN 0044-2348. Band 55: (1995), p. 709.

GOMES, Carla Amado - A Evolução do Conceito de Soberania - Tendências recentes. *In* Scientia Iuridica. Braga: Livraria Cruz. Tomo XLVII: (Julho-Dezembro 1998), p. 185-212.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - Reflexões sobre a 5.^a Revisão da Constituição Portuguesa. *In* “Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976”. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 631-649.

GRECESCU, Ion - Quelques Aspects de l'Interférence des Normes du Droit International avec les Normes du Droit Constitutionnel. *In* Revue de droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques. Lausanna - Siusse. N.º 1: (Janvier-Avril 1997), p. 95-99.

GROUX, Jean e MANIN, Philippe - **As Comunidades na Ordem Internacional**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1985. 165 p.. ISBN 92--825-4757-4.

GUGGENHEIM, Paul - **Traité de Droit International Public**. Genève: Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., 1953. 592 p..

HABERLE, P. - Derecho Constitucional común europeo. *In* Revista de Estudios Políticos. N.º 79: (1993), p. 11 e ss..

HARTLEY, Trevor C. - **The foundations of EC Law**. 4.^a ed.. Oxford: Clarendon, 1998.

HENKIN, L. - General Course on Public International Law. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Public. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 0-7923-1048-9. Vol. IV, tome 216: (1989), p. 13-401.

HENKIN, Louis - **International Law: Politics, Values and Functions: General Course on Public International Law**. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Public. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1990. 401 p.. ISBN 0-7923-1048-9.

ISAAC, Guy - **Manual de Derecho Comunitario General**. 4.^a ed.. Barcelona: Editorial Ariel, 1997. ISBN 84-344-1571-2.

JAASKINEN, Niilo - The Application of Community Law In Finland: 1995-1998. In Common Market Law Review. Netherlands: Kluwer Law International. ISSN 0165 0750. Vol. 36, n.º 2: (April 1999), p. 407-441.

KEGEL, Patrícia Luíza - As Constituições Nacionais e os Limites à Integração Regional. In Temas de Integração. Coimbra: Livraria Almedina. ISSN 972-40-1337-5. Vol. 4.º - 1.º Semestre - n.º 7: (1999), p. 33-55.

KELSEN, Hans - Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Paris: Librairie Hachette. Tome 14 - IV: (1926), p. 232-326.

KOSKENNIEMI, Martti - The Politics of International Law. In European Journal of International Law. Firenze: European University Institute. ISSN 0938-5428. Vol. 1, n.º 1/2: (1990), p. 4-33.

KOVAR, Robert - As Relações entre o Direito comunitário e os Direitos Nacionais. In Comissão das Comunidades Europeias (org.) - “Trinta anos de Direito Comunitário”. Bruxelas: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1981, p. 115-154.

KRAFFT, Mathias-Charles - Observations sur les Rapports entre le Droit International et le Droit Suisse, à la lumière notamment de certains développements récents de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. In DUTOIT, Bernard et GRISEL, Etienne - “Mélanges Georges Perrin”. Lausanne: Payot, 1984, p. 187-197.

KUMM, M. - Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal constitutional Court and European Court of Justice. *In* Common Market Law Review. Netherlands: Kluwer Law International. ISSN 0165-0750. N.º 36: (April 1999), p. 351-386.

LA PERGOLA, António - **Los nuevos senderos del federalismo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

_____ - Para qué una Constitución de la Unión Europea. *In* OREJA AGUIRRE , Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X., p. 43-51.

LACHS, Manfred - Cours de Droit International? *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Public. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 90 247 2976 9. Vol. IV, tome 169: (1980), p. 13-375.

LASSALLE, Ferdinand - **O que é uma Constituição política?** 2.^a ed.. Porto: Editora Nova Crítica, 1987.

LAUTERPACHT, H. - Règles Générales du Droit de la Paix. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Paris: Librairie du Recueil Sirey. Vol. IV, tome 62: (1937), p. 99-324.

LEAL, Ernesto Castro (cord.) - **O Federalismo Europeu**. Lisboa: Edições Colibri, 2001. 223 p.. ISBN 972-772-262-8.

LEITÃO, Augusto Rogério - O Efeito Jurídico das Directivas Comunitárias na Ordem Interna dos Estados Membros. *In* Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado. N.º 14: (1983), p. 9-59.

LIMA, Pires de VARELA Antunes - **Noções Fundamentais de Direito Civil**. 6.^a ed., revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora Lda, 1973, 564 p..

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. - Derechos Fundamentales y de Ciudadanía em la Constitución Europea. In OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 75-86.

LIROLA DELGADO, Isabel - Las Relaciones entre La Union Europea Y El Mercosur En La Perspectiva De Una Asociacion Interregional. In PUEYO LOSA, Jorge e REY CARO Ernesto J. - “Mercosur: Nuevos Ambitos Y Perspectivas En El Desarrollo Del Proceso De Integracion”. Buenos Aires: USAL Universidad del Salvador, 2000. ISBN 987-507-182-X., p. 147-188.

LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel - **Constitución Europea: Un Concepto Prematuro: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional Básica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. 269 p.. ISBN 84-8442-117-1.

LOPES, Ernâni - Globalização dos Mercados, Integração Europeia e Soberania Nacional. In Nação e Defesa. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional. ISSN 0870-757X. N.º 80: (Outubro-Dezembro 1996), p. 13-27.

LOPEZ CASTILLO, Antonio - De Integracion Y Soberania. El Tratado Sobre La Union Europea (TUE) Ante La Ley Fundamental Alemana (LF). In Revista de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 40, p. 207-240.

LÓPEZ ESCUDERO, Manuel; PÉREZ DE NANCLARES, José Martín y (cord.) - **Derecho Comunitario Material**. Madrid: Mc Graw Hill, 2000, 480 p.. ISBN 84-481-2773-0.

LOPEZ-CASTILLO, Antonio - **Constitución e Integración: El Fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en RFA**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, 523 p.. ISBN 84-259-1013-7.

LOUIS, Jean-Victor - **A Ordem Jurídica comunitária**. 5ª ed.. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1993. ISBN 92-825-4272-6.

_____ - El marco institucional. In OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 91-98.

LOUIS, Jean-Victor et ALEN, André - La Constitution et la Participation à la Communauté Européenne. In Revue Belge de Droit International. Bruxelles: Bruylant. ISSN 0035-0788. Vol. XXVII: (1994-1), p. 81-109.

LUCAS VERDÚ, Pablo - **Curso de Derecho Político**. 3.^a ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1986.

_____ - **Curso de Derecho Político**. 2.^o ed., 4.^a reimpressão. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1992. 444 p.. ISBN 84-309-0669-X.

_____ - Reflexiones En Torno Y Dentro Del Concepto de Constitucion. La Constitucion Como Norma Y Como Integracion Politica. In Revista de Estudios Politicos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 83: (1994), p. 9-28.

LUCHAIRE, François - Le Traité d'Amsterdam et la Constitution. In Revue du Droit Public. Paris: L.G.D.J.. N.º 2: (1998), p. 331-350.

LUSTER, Rudolf - **União Europeia - Um Projecto de Constituição**. Prefácio de Francisco Lucas Pires. Sindelfingen: Editora Libertas, 1989, 150 p.. ISBN 3-921929-80-6.

MACHADO, J: Baptista - **Administração, Estado e Sociedade**, 1980.

MACHADO, J. Baptista - **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. 13.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002, 388 p.. ISBN 972-40-0471-6.

MADURO, Miguel Poiars - Europa: O momento constituinte. In Brotéria, 2002, p. 57-82.

MAHIOU, Ahmed - La Constitution Algerienne et le Droit International. In Revue Générale de Droit International Public. Paris: A. Pedone. Tome 94/1990/2: (1990), p. 419-454.

MALANCZUK, Peter - **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 7ª ed. revista. London: Routledge, 1997, 441 p.. ISBN 0-415-11120-X..

MANCINI, G. Frederico - The Making of a Constitution for Europe. *In* Common Market Law Review. N.º 26: (1989), p. 595-614.

MANGAS MARTÍN, Araceli - Las Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno de los Estados Miembros a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *In* RODRIGUEZ IGLESIAS Gil Carlos e LINÑÁN NOGUERAS, Diego J. (dir.) - “El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial”. Madrid: Editorial Civitas, 1993. ISBN 84-470-0300-0, p. 56-96.

_____ - Las Funciones de la Unión. Análisis del sistema de fuentes y de la elaboración y control del cumplimiento de las normas en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea. *In* OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X., p. 157-173.

MANGAS MARTÍN, Araceli e LINÑÁN NOGUERAS, Diego J. - **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. 2.ª ed.. Madrid: McGraw-Hill, 1999, 405 p.. ISBN 84-481-2449-9.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. - **Derecho Internacional Público - Parte General**. 2ª ed. revista. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 1995, 584 p.. Colección Estructuras y Procesos - Serie Derecho. ISBN 84-8164-085-9.

MARITAIN, Jacques - **L'Europe et L'Idée Fédérale**. Paris: Éditions Mame, 1993, 182 p.. ISBN 2-7289-0570-3.

MARTENS, Wilfried - Hacia una Constitución Europea. *In* OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 33-41.

MARTIN, Pierre-Marie - **Droit international Public**. Paris, Milan e Barcelone: Masson, 1995. 343 p.. ISBN 2-225-84732-0.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. - Necesitaba Unión Europea una Constitución? Reflexiones entorno a una discusión casi estéril. In Boletín Europeo de la Universidad de Rioja. (Suplemento Mayo 1997), p. 13-21.

MARTINEZ, Pedro Romano - Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. In Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISSN 0871-0376. Vol. IV: (1989/1990), p. 163-181.

MARTINS, Ana Maria Guerra - **Introdução ao Estudo do Direito Comunitário: Sumários Desenvolvidos**. Lisboa: Lex, 1995. 186 p.. ISBN 972-9495-40-8.

MARTINS, Guilherme D'Oliveira - Europa e Constituição. A Revisão Constitucional de 1992. Algumas Notas. In Estado & Direito. Lisboa. N.º 11: (1.º Semestre 1993), p. 59-73.

MASTROIANNI, Roberto - On The Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality? In European Public Law. London: Kluwer Law International Ltd. ISSN 1354-3725. Vol. 5, Issue 3: (September 1999), p. 417-435.

MATHIJSSEN, P. S. F. R. - **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 432 p.. ISBN 972-32-0454-1.

MCCORNICK, Neil - Beyond the Sovereign State. In The Modern Law Review. Vol. 56, n.º 1: (1993), p. 1-18.

MEDEIROS, Rui - Relações entre Normas Constantes de Convenções Internacionais e Normas Legislativas na Constituição de 1976. In O Direito. Lisboa: Editora: Associação Promotora de "O Direito". N.º 122 - 2: (Abril/Junho 1990), p. 355-377.

_____ - A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português. *In* “Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976”. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 227-293.

MEDINA, M. - **La Comunidad Europea y sus principios constitucionales**. Madrid, 1973.

_____ - **Hacia una Constitución europea**. Valladolid, 1995.

MEERSCH, Walter Ganshof Van Der - Communautés Européennes et Droit International. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Alphen aan den Rijn - The Netherlands: Sijthoff & Noordhoff. ISSN 90 286 1018 9. Vol. V, tome 148: (1975), p. 3-329.

MEINHARD, Hilf - La Constitución Europea: principios básicos y derechos humanos. *In* OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.) - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 53- 59.

MELO, Barbosa A. - Soberania e União Europeia. *In* Temas de Integração. Coimbra: Livraria Almedina. ISSN 972-40-1337-5. Vol. 4.º - 1.º Semestre de 1999 - n.º 7: (1999), p. 5-27.

MENDES, João de Castro - **Introdução ao Estudo do Direito**. Lisboa: Danúbio, Lda, 1984. 294 p..

MERINO MERCHAN, José Fernando; PÉREZ-UGENA Y COROMINA, María; VERA SANTOS, José Manuel - **Lecciones de Derecho Constitucional**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1995. 345 p.. ISBN 84-309-2753-0.

MIRANDA, Jorge - **Ciência Política**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1983-1984. 203 p..

_____ - **Direito Internacional Público**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1991. 468 p..

_____ - La Constitution portugaise et le Traité de Maastricht. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. V. 12: (1992), p. 679-688.

_____ - As Relações entre a Ordem Internacional e Ordem Interna na Actual Constituição Portuguesa. In “*AB VNO AD OMNES* - 75 Anos da Coimbra Editora”. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 275-301.

_____ - **Direito Internacional Público - I**. Lisboa: Pedro Ferreira - Editor, 1995. 366 p..

_____ - **Ideias para uma revisão constitucional em 1996**. Lisboa: edições Cosmos, 1996. 48 p.. Cosmos Direito. ISBN 972-8081-91-X.

_____ - O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa. In “A União Europeia na Encruzilhada”. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. ISBN 972-40-0901-7, p. 45-62.

_____ - **Manual de Direito Constitucional: Preliminares o Estado e os Sistemas Constitucionais**. 6.^a ed., tomo I. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1997. 435 p.. ISBN 972-32-0793-1.

_____ - **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional do Estado**. 4.^a ed., tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 340 p.. ISBN 972-32-0851-2.

_____ - **Manual de Direito Constitucional: Constituição**. 4.^a ed., tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 326 p.. ISBN 972-32-0419-3.

_____ - **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 3.^a ed., tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 563 p.. ISBN 972-32-0935-7.

_____ - **Manual de Direito Constitucional: Actividade Constitucional do Estado**. 2.^a ed., tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 2000. 428 p.. ISBN 972-32-0980-2.

_____ - Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Parecer Breve. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada. ISSN 0870-3116. Vol. XLI - n.º 1: (Dezembro 2000), p. 17-23.

_____ - **Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 1.ª ed., tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____ - O Direito Constitucional Português da Integração Europeia - Alguns Aspectos. *In “Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976”*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 15-63.

_____ - **Curso de Direito Internacional Público**. 1.ª ed.. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2002. 346 p.. ISBN 972-8500-71-8.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - **Manual de Derecho de la Comunidad Europea**. 3.ª ed.. Madrid: Editorial Trivium, S.A., 1997. 937 p.. ISBN 84-7855-794-6.

MONACO, Ricardo - **Diritto delle Comunità Europee e Diritto Interno**. Milano: Giuffrè Editore, 1967. 231 p..

MONCADA, Luís Cabral de - A Reserva de Lei no actual Direito Público Alemão. *In Revista Estado e Direito*. Lisboa: Luso Livro, Lda, 1992.

MORAVCSIK, Andrew - Despotism *In* Brussels? - Misreading the European Union. *In Foreign Affairs*. New York: James F. Hoge, Jr. Editor. Vol. 80, n.º 3: (2001), p. 114-123.

MOREIRA, Adriano - Direito Internacional Público. *In Estudos Políticos e Sociais - Revista Trimestral do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Vol. X - n.ºs 1-4: (1982), p. 7-200.

MOREIRO, Carlos - Comunidades Europeas: Reflexiones Acerca del Sentido de la Supranacionalidad en su Proceso Fundacional. In Revista Jurídica. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. ISSN 08070-8126. N.º 21: (1997), p. 17-83.

MORTATI, Costantino - **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 10.^a ed.. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991. 675 p.. ISBN 88-13-16249-9.

MUIR WATT, Horatia - Droit Naturel et Souveraineté de l'État dans la doctrine de Vattel. In Archives de Philosophie du Droit. Paris: Editions Sirey. Tome 32: (1987), p. 71-83.

NAPOLETANO, Guido - Diritto Comunitario e Diritto Internazionale nel Caso British Telecommunications. In Rivista di Diritto Internazionale. Milano: Giuffrè Editore. Vol. LXX: (1987), p. 261-292.

NEVES, Castanheira - Da "Jurisdição" no actual Estado-de-Direito. In VARELA, Antunes; AMARAL, Diogo Freitas de; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO J. J. Gomes - In "AB VNO AD OMNES 75 Anos da Coimbra Editora 1920-1975". Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0807-5, p. 177-127.

NIEMEYER, Theodor - **Derecho Internacional Público**. 3.^a ed.. Barcelona, Madrid, Buenos Aires e Rio de Janeiro: Editorial Labor, S.A., 1940. 172 p.. Colección Labor.

NOVAIS, Jorge Reis - **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra, 1987.

_____ - **Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional. Apontamentos policopiados**. Porto, 1990.

O' CONNELL, D. P. - **International Law**. 2^a ed.. London: Stevens & Sons, Ld^a, 1970. 1123 p..

OETER, Stefan - Sovereignty and Democracy as Problems in the Constitutional Development of European Union. In Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaoRV). Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer. ISSN 001122348. Band 55: (1955).

OLIVIER, Peter - The French Constitution and the Treaty of Maastricht. In International and Comparative Law Quarterly. London: The British Institute of International and Comparative Law. ISSN 0020-5893. Vol. 43: (1994), p. 1-25.

OTERO, Paulo - **A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos: Análise Estrutural e Natureza Jurídica**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988. 247 p...

_____ - Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Inconstitucionais. In O Direito. Lisboa: Associação Promotora de "O Direito". Vol. III-IV: (Ano 122.º, 1990), p. 603-619.

PAGANI, Fabrizio - Preminenza del Diritto Comunitario e Nuovi Strumenti Atti a garantirla. In Rivista di Diritto Internazionale. Milano: Giuffrè Editore, S.p.A. Vol. LXXVIII: (1995), p. 973-981.

PALÁEZ MARÓN, José Manuel - **Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. 332 p.. ISBN 84-309-3482-0.

PASTOR RIDRUEGO, José Antonio - **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**. 6ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1996. 845 p.. ISBN 84-309-2864-2.

PEREIRA, André Gonçalves - **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed., revista e ampliada. Lisboa: Edições Atica, 1970. 455 p..

_____ - O Direito Internacional na Constituição de 1976. In "Estudos sobre a Constituição". Lisboa: Livraria Petrony, 1977, p. 37-47.

PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto - **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed., revista e aumentada (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2001. 691 p.. ISBN 972-40-0735-9.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - **Lecciones de Teoría Constitucional**. 3ª ed.. Madrid: Constitución y Leyes, S.A. - Colex, 1997. 461 p.. ISBN 84-7879-339-9.

_____ - Por una Constitución europea pluralista. In Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. Madrid: António Fontán. N.º 71, 2.ª Série - XLIV: (2000), p. 68-83.

_____ - Convite ao Estudo da Constituição da União Europeia. In Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique - Departamento de Publicações. ISSN 0874-2839. N.º 6: (2001), p. 9-44.

_____ - Después De La Soberanía. In Revista de Derecho Político. Madrid: Universidad Nacional de Educación A Distancia. N.º 50 - Separata: (2001), p. 55-82.

_____ - A Constituição como Direito: A Supremacia das Normas Constitucionais em Espanha e nos EUA. In Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. Vol. LXXV: (2000), p. 219-277.

PEREIRA MENAUT, A. C.; BRONFMAN, A.; CANCELA OUTEDA, C.; HAKANSSON, C. - **La Constitución Europea: Tratados Constitutivos Y Jurisprudencia**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela Campus Universitario Sur, 2000. 364 p.. ISBN 84-8121-810-3.

PÉREZ CALVO, Alberto - **Estado, Nación y Soberanía**. Madrid: Secretaría General del Senado - Departamento de Publicaciones, 2000. 477 p.. ISBN 84-88802-46-3.

PÉREZ ROYO, Javier - **Curso de Derecho Constitucional**. 6ª ed.. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1999. 863 p.. 84-7248-591-9.

PÉREZ TREMPES, Pablo - El Concepto de Integración Supranacional en la Constitución. *In* Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. ISSN 840214618-X. Vol. 13: (Septiembre-Diciembre 1992), p. 103-126.

_____ - **Constitución Española y Comunidad Europea**. 1.^a ed.. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1994. 200 p.. ISBN 84-7842-105-X.

_____ - Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario. *In* Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N.º 12: (1985), p. 157-181.

PERNICE, Ingolf - Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? *In* Common Market Law Review. Netherlands: Kluwer Law International. ISSN 0165 0750. Vol. 36, n.º 4: (August 1999), p. 703-750.

PIÇARRA, Nuno - A Competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para Fiscalizar a Compatibilidade do Direito Nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *In* VARELA, Antunes; AMARAL, Diogo Freitas de; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO J. J. Gomes - “*AB VNO AD OMNES* 75 Anos da Coimbra Editora 1920-1975”. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0807-5, p. 1093-1139.

PINHEIRO, Alexandre Sousa e FERNANDES, Mário João de Brito - **Comentário à IV Revisão Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. 588 p..

PIRES, Francisco Lucas - A Caminho de Uma Constituição Política Europeia? *In* Análise Social. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. ISSN 0003-2573. Vol. XXVII, n.ºs 118-119: (Agosto de 1991), p. 725-737.

_____ - **Portugal e o Futuro da União Europeia: Sobre a Revisão dos Tratados em 1996**. Lisboa: Difusão Cultural, 1995. 204 p.. ISBN 972-709-246-2.

_____ - A experiência comunitária do sistema de governo da Constituição Portuguesa. *In* Miranda, Jorge - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0786-9, p. 830-850.

_____ - **Introdução ao Direito Constitucional Europeu: Seu Sentido, Problemas e Limites**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. 123 p.. ISBN 972-40-1049-X.

_____ - **Introdução à Ciência Política**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998. 101 p.. Manuais. ISBN 972-8069-20-0.

PIRES, Maria José Morais - Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno em Direito Comparado. *In* Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. N.º 53/54: (1993), p. 139-190.

PITTA, Luís Caeiro - A Comunidade Económica Europeia (C.E.E.). *In* Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Procuradoria-Geral da República. N.º 6: (1981), p. 11-68.

PUCHADES, Luis Planas - La Constitución Europea y la ampliación de la Unión. *In* OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 137-144.

PUENTE EGIDO, J. - **La Celebracion de Tratados Internacionales en el Derecho Espanol y su Valor Normativo: Derecho Vigente y Aspectos Historicos**. Paris: Éditions A. Pedone, 1981. 24 p..

_____ - **Lecciones de Derecho Internacional Publico**. Madrid: Editorial Dykinson, S. L., 1992. 251 p.. ISBN 84-88030-49-5.

_____ - Glosa breve a algunos de los principios de la Constitución Europea. *In* OREJA, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 61-74.

QUADROS, Fausto de - **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. Lisboa: Almedina, 1991.

QUOC DINH, Nguyen DAILLIER; Patrick PELLET, Alain - **Droit International Public**. 4.^a ed.. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. ISBN 2. 275.00639.7.

_____ - **Droit International Public**. 6.^a ed.. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

RAMOS, Rui Manuel Moura - As Comunidades Europeias - Enquadramento normativo-institucional. *In* Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado - Procuradoria Geral da República. ISSN 0870-7138. N.º 25/26: (1986), p. 7-105.

_____ - As Relações entre a Ordem Interna e o Direito Internacional e Comunitário. *In* MOURA RAMOS, Rui Manuel - “Da Comunidade Internacional e do seu Direito - Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais”. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0748-6, p. 265-281.

_____ - A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - sua posição face ao ordenamento jurídico português. *In* MOURA RAMOS, Rui Manuel - “Da Comunidade Internacional e do seu Direito - Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais”. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0748-6, p. 5-108.

_____ - L'Intégration du Droit International et Communautaire dans l'Ordre Juridique National. *In* MOURA RAMOS, Rui Manuel - “Da Comunidade Internacional e do seu Direito - Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais”. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0748-6, p. 221-265.

_____ - **Das Comunidades À União Europeia: Estudos de Direito Comunitário**. 2.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 397 p.. ISBN 972-32-0867-9.

_____ - L'Ordre Public International en Droit Portugais. In Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. LXXIV: (1998), p. 45-62.

_____ - The Adaptation of Portuguese Constitutional Order to Community Law. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. LXXVI: (2000), p. 1-12.

_____ - Contrôle juridictionnel des actes des institutions communautaires. In Cursos Euromediterrâneos Bancaja de Derecho Internacional. Tirant lo Blanch. IV: (2000), p. 431-461.

_____ - The Adaptation of Portuguese Constitutional Order to Community Law. In Kellermann, Alfred E.; ZWAAN, Jaap W. de; CZUCZAI, Jeno - "EU Enlargement - The Constitutional Impact at EU and National Level". The Hague - The Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2001. ISBN 90-6704-132-7, p. 131-141.

RANGEL, Paulo Castro - Uma Teoria da "Interconstitucionalidade". In Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL. Coimbra: Livraria Almedina. Ano I - n.º 2: (2000), p. 127-152.

_____ - Introdução ao Federalismo Contemporâneo. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. Ano 61: (2001), p. 789-836.

REMIRO BROTONS, Antonio - **Derecho Internacional Público: Principios Fundamentales**. 1.^a ed. - 1.^a reimpressão. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1983. 336 p.. ISBN 84-309-0944-3.

_____ - **Derecho Internacional Público: Derecho de los Tratados**. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1987. 552 p.. ISBN 84-309-1489-7.

REUTER, Paul - **Direito Internacional Público**. Lisboa: Editorial Presença, 1981. 336 p..

REY CARO, Ernesto - Implicancias de la Reciente Reforma Constitucional Argentina en la Aplicación Estatal del Derecho Internacional. In Revista Española de Derecho Internacional. Madrid: Imprensa Nacional del Boletín Oficial del Estado. ISSN 0034-9380. Vol. XLVIII - 1996 - n.º 1: (Enero-Junio 1996), p. 395-400.

RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado - O Direito Internacional, o Direito Comunitário e a nossa Constituição - Que Rumor? In “Estudos em Comemoração dos 5 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”. Coimbra, 2001, p. 939-963.

RIBEIRO, Rui Álvaro de Figueiredo - La conclusion et la mise en oeuvre des Traités dans l'ordre juridique Portugais. In Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República. ISSN 080-7138. N.º 37/38: (1989), p. 189-203.

RIDEAU, Joel - Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes - Réflexions générales et situation française. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. N.º 2: (1990), p. 259-296.

_____ - Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes - Situation dans les Etats membres autres que la France. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. ISSN 1151 - 2385. N.º 3: (1990), p. 425-454.

_____ - L'Europe dans les Constitutions des États Membres de L'Union Européenne. In Miranda, Jorge - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0786-9, p. 717-798.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. - **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 4.ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998. 671 p.. ISBN 84-309-3251-8.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C - La Constitución de la Comunidad Europea. In Notícias de la CEE, n.º 100: (1993).

RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos e LIÑAN NOGUERAS, Diego J. - **El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicacion Judicial**. Madrid: Editorial Civitas, 1993. ISBN 84-470-0300-0.

ROLDÁN BARBERO, Javier - **Ensayo sobre el Derecho Internacional Público**. Almería: Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 1996. 158 p.. ISBN 84-8240-032-0.

ROQUE, Ana - **Tópicos de Direito Económico**. Lisboa: EDIUAL - Universidade Autónoma Editora, S.A., 2002. 195 p.. ISBN 972-8094-63-9.

RUBIO LLORENT, Francisco - Constitutionalism in the "integrated" states of europe. *Harvard law school - the jean monnet chair*. ed. 1998 [citado em 9/02/99]. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/jean_monnet/papers/98/98-5-.html.

_____ - Constitucion Europea O Reforma Constitucional? In Miranda, Jorge - "Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976". 1.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0786-9, p. 695-717.

RUIPÉREZ, Javier - **La "Constitución Europea" Y La Teoria Del Poder Constituyente**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, S. L., 2000. 172 p.. ISBN 84-7030-817-3.

RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso - **El Juez Nacional como Juez Comunitario**. 1.^a ed.. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1993. 198 p.. ISBN 84-7842-090-8.

RULLIER, Bernard - Droit constitutionnel institutionnel. L'application de l' article 88-4 de la Constitution. In Revue Française de Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France. ISSN 1151-2385. N.º 35: (Novembre 1998), p. 645-654.

RYAN, Alan - Liberalism. In GOODIN, Robert; E.-PETIT Philip - "A Companion to Contemporary Political Philosophy". Oxford: Blackwell Publishers, 1993, p. 291-311.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro - El Derecho Comunitario, Parametro de la Constitucionalidad de las Leyes Internas? In Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. ISSN 0210 - 0924. Vol. 22, n.º 2: (1995), p. 571-591.

SALEMA, Margarida e MARTINS, Afonso D'Oliveira - **Direito das Organizações Internacionais**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989.

SANCHEZ AGESTA, Luis - **Curso de Derecho Constitucional Comparado**. 7.^a ed. revista. Madrid: Universidad de Madrid - Facultad de Derecho Sección de Publicaciones, 1988. 425 p.. ISBN 84-600-5665-1.

SARAIVA, José Flávio Sombra - Brasil e Mercosul: Entre a Área de Livre Comércio das Américas e a União Europeia. In Lusíada - Revista de Ciência e Cultura. Porto: Departamento de Relações Internacionais da Cooperativa de Ensino Universidade Lusíada do Porto. ISSN 0874-8640. N.º 2: (2001), p. 149-161.

SCHAEFFER, Eugène - Monisme Avec Primauté De L'Ordre Juridique Communautaire Sur Le Droit International. In Annuaire de Droit Maritime et Aéro-Spatial - Etudes en Hommage au Professor Mincea Mateesco Matte. Nantes: Centre de Droit Maritime et Aérien - Université de Nantes. ISSN 0297-7508. Tome XII: (1993), p. 565-589.

SCHAMBECK, Herbert - La Importancia del Federalismo y el regionalismo para el desarrollo de la Unión Europea. In Dereito - Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISSN 1132-9947. Vol. 8, n.º 2: (1999), p. 7-24.

SCHARPF, Fritz W. - **Governar en Europa? Eficaz Y Democráticamente?** Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2000. 239 p.. ISBN 84-206-6747-1.

SCHERMERS, Henry e WAELBROECK Denis - **Judicial Protection in the European Communities**. 4.^a ed.. Deventer: Kluwer, 1992.

SCHUBEL, Isabel - La Primauté du Droit Communautaire en Allemagne. In Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne. N.º 412: (1997), p. 621-629.

SEARA, Fernando Reboredo; CORREIA, José de Matos; PINTO, Ricardo Leite - **Ciência Política e Direito Constitucional**. Lisboa: Universidade Lusíada, 1995.

SEGORBE, Beatriz e TRABUCO, Cláudia - **O Conselho Constitucional Francês**. Coimbra: Quarteto Editora, 2002. 192 p.. ISBN 972-8717-35-0.

SEIBERT, Helga - La judicatura y el derecho comunitario europeo: perspectiva de un Tribunal Constitucional nacional. In OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 265-276.

SILVA, Miguel Moura e - **Direito Comunitário I: Jurisprudência, Questões e Notas**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. 461 p..

SNYDER, Francis - EMU revisited: Are We Making a Constitution? What Constitution Are WE Making? In GRAIG, Paul e BÚRCA, Gráinne de - “The Evolution of EU Law”. 1.ª ed.. Oxford: University Press, 1999. ISBN 0-19-826481-X, p. 417-477.

SOARES, Albino de Azevedo - **Lições de Direito Internacional Público**. 4.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Reimpressão da 3.º ed. de 1986.

SOARES, António Goucha - O Tratado de Nice. In Revista do Ministério Público. Lisboa: Editorial Minerva. Ano 23 - Abril/Junho - n.º 90: (2002), p. 29-55.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José - Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración Europea de Portugal y España. In Miranda, Jorge - “Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976”. 1.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0786-9, p. 799-830.

SORENSEN, Max - **Manual of Public International Law**. London/Melbourne/Toronto: Macmillan, 1968. 893 p..

SOUSA, António Francisco - **Comunidades Europeias: Organização, Funcionamento, Regime Jurídico**. 2ª ed... Lisboa: E. D., 1987. 424 p..

SOUSA, Marcelo Rebelo de - **Direito Constitucional I - Apontamentos Policopiados**. Lisboa: Faculdade de Direito, 1979.

_____ - Colóquio sobre a Terceira Revisão Constitucional. In Revista Jurídica. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. ISSN 0870-8126. N.º 16 e 17: (1992), p. 293-298.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia - **Introdução ao Estudo do Direito**. 4.ª ed., revista e aumentada. Lisboa: Publicações Europa América, 1998. 304 p.. ISBN 972-1-01093-6.

SPERDUTI, Giuseppe - Droit International et Droit Interne. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 90 247 2917 3. Vol. V, tome 153: (1976), p. 333- 410.

STARK, J. G. - **Introduction to International Law**. 9.ª ed.. London: Butterworth & Co (Publishers) Ltd., 1984. 637 p.. ISBN 0-406-65957-5.

STEIN, Torsten - La Sentencia del Tribunal Constitucional Aleman sobre el Tratado de Maastricht. Traduzido do alemão por José Martin y Pérez de Nanclares. In Revista de Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Vol. 21: (1994), p. 745-769.

STERN, K. - **Derecho del Estado de la República Federal de Alemania**. Madrid, 1987.

STEWART, William H. - **Concepts of federalism**. Lanham / Nueva York / Londres: University Press of America, 1984.

STIIH, Richard T. e WEILER, Joseph H. H. - **Dos Visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea**. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2000. 97 p.. ISBN 84-8121-852-9.

TAMAMES, Ramón - **La Unión Europea**. 2.^a ed.. Madrid: Alianza Editorial, 1994. ISBN 84-206-8146-6.

TAVARES, José - **Estudos Jurídico-Políticos**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1996. 184 p.. ISBN 972-8094-00-0.

TEBOUL, Gérard - Ordre juridique international et ordre juridique interne. In Droit Public. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. 3: (Mai-Juin 1999), p. 697-719.

TEIXEIRA, António Fernando Dias - **A Natureza das Comunidades Europeias: Estudo Político-Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - A Aplicação do Direito Comunitário no Mercosul. In Scientia Iuridica. Braga: Livraria Cruz. Tomo XLVII - n.ºs 277/279: (Janeiro-Junho 1999), p. 51-65.

TELES, Miguel Galvão - **Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa: Condições, Termos e Limites**. Lisboa: Ciência e Técnica Fiscal, 1967. 208 p..

_____ - Inconstitucionalidade Pretérita. In Miranda Jorge (org.) - “Nos Dez Anos da Constituição”. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1987, p. 265-343.

TELLES, Inocêncio Galvão - **Introdução ao Estudo do Direito**. 8.^a ed... Lisboa: Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. 287 p..

TELÒ, Mario - Democratie internationale et Démocratie supranationale en Europe. *In* Démocratie et Construction Européenne. Bruxelas, (1995).

THIERRY, Hubert - Cours Général de Droit International Public. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Public. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 0-7923-1354-2. Vol. III, tome 222: (1990).

TOTH, A. G. - The Charter of Fundamental Rights of the European Union. *In* Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa: Stória Editores, Lda. ISSN 0871-0336. Vol. XVI - tomo 1: (2002), p. 171-191.

TOUSCOZ, Jean - **Direito Internacional**. Lisboa: Publicações Europa-América, Lda, 1994. 383 p.. ISBN 972-1-03842-3.

TRAVERS, Noel - The Implementetion of Directives into Irish Law. *In* European Law Review. Sweet & Maxwell, s.d..

TREVES, Tullio; GUILIANO, Mario; SCOVAZZI, Tullio - **Diritto Internazionale - Parte Generale**. Milano: A. Giuffrè Editore, 1991. ISBN 88-14-02950-4.

TRUJILLO, Gumersirido - La Soberanía Hoy: La Constitución Y La Práctica Política. *In* PÉREZ CALVO, Alberto (coord.) - “Estados, Naciones Y Unión Europea (Problemas actuales en Europa)”. Madrid: Secretaría General del Senado - Dirección de Estudios y Documentación, 2000. ISBN ISBN 84-88802-46-3, p. 163-208.

TRUYOL Y SERRA, Antonio - Théorie du Droit international Public: Cours Général. *In* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff publishers, 1992, 444 p.. ISBN 0-7923-2050-6.

_____ - **História do Direito Internacional Público**. Traduzido da edição original francesa por Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa: Instituto Superior de Novas Profissões, 1996. 171 p.. Coleção Estudo Geral. ISBN 972-9225-13-3.

VAZ, Manuel Afonso - **Direito Económico: A Ordem Económica Portuguesa**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1985. 246 p.. Biblioteca Jurídica, Coimbra Editora.

VERDROSS, Alfred - **Derecho Internacional Publico**. 6ª ed.. Madrid: Aguilar S. A. de Ediciones, 1980. 690 p.. ISBN 84-03-25058-4.

VICTOR, Jean-Louis - Funciones de la Unión. In OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 145-155.

VILAÇA, José Luis Cruz e PIÇARRA, Nuno - Y a-t-Il des Limites materielles à la Revision des Traités Instituant les Communautés Européennes? In Cahiers de Droit Européen. Bruxelles: Maison Lacier, S.A.. ISSN 0007-9758. N.ºs 1-2, p. 3-37.

VILAÇA, José Luís da Cruz - A Integração de Portugal na União Europeia. In Forum Iustitiae - Direito & Sociedade. Lisboa: Editorial Forum Iustitiae, Lda. Ano 1, n.º 0: (Maio de 1999), p. 9-11.

VILELA, Machado - **Tratado Elementar de Direito Internacional Privado**. Coimbra, 1927.

VIRALLY, Michel - Panorama du Droit International Contemporain. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers. ISSN 90-247-3248-4. Tome 183 - V: (1983), p. 9-382.

VISSCHER, Charles de - **Théories et Réalités en Droit International Public**. 4ª ed.. Paris: Éditions A. Pedone, 1970. 416 p..

WALKER, Neil - Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union. In BANKOWSKI, Zenon e SCOTT, Andrew - “The European Union and Its Order - The Legal Theory of European Integration”. 1.ª ed.. Oxford: Blackwell publishers, Ltd, 2000. ISBN 0-631-21504-2, pp. 31-65.

WALLACE, Rebecca M. M. - **International Law: A Student Introduction**. London: Sweet & Maxwell, 1986. 259 p.. ISBN 0-421-33500-9.

WEBER, Cynthia - Reconsidering stathood: examining the sovereignty/intervention boundary. In Review of International Studies. Cambridge, New York e Port Chester: Cambridge University Press. Vol. 18: (1992).

WEIL, Prosper - Le Droit International en Quête de son Identité: Cours Général de Droit International Public. In Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996. 341 p.. ISBN 90-411-0235-3.

WEILER, Joseph - Los ideales de Maastricht, en entredicho. In OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 303-321.

_____ - **The Constitution of Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WESSELS, Wolfgang - Evolución da la Comunidad Europea/Unión Europea. In OREJA AGUIRRE, Marcelino - “La Constitución Europea”. Madrid: Editorial Actas, 1994. ISBN 84-87863-23-X, p. 99- 136.

WEYDERT, Jean e BÉROUD, Sophie - **O Futuro da Europa**. Tradução Portuguesa de "Le Devenir de l'Europe" por Joana Caspurro. Porto: Ambar, 2002. 237 p.. ISBN 972-43-0530-9.

WHEARE, K. C. - **Las Constituciones modernas**. 2.^a ed.. Barcelona: Labor, 1975.

WITTE, Bruno - Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order. In GRAIG, Paul e BÚRCA, Gráinne de - “The Evolution of EU Law”. 1.^a ed.. Oxford: University Press, 1999. ISBN 0-19-826481-X, p. 177-213.

ZULEEG, Manfred - The European Constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario. *In* European Law Review. London: Sweet & Maxwell. ISSN 0307 5400. Vol. 22, n.º 1: (Fevereiro de 1997), p. 19-35.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão de 11 de Janeiro de 1977 - Processo n.º 66429 do Supremo Tribunal de Justiça. *In* Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa: (1977).

Acórdão n.º 47/84 - Processo n.º 113/83 do Tribunal Constitucional. *In* Diário da República, II Série. (14/07/84).

Acórdão n.º 118/85 de 10 de Julho de 1985 - Processo n.º 46/84 - 1ª Secção do Tribunal Constitucional. *In* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 360. Lisboa: (1985).

Acórdão n.º 24/85 de 6 de Fevereiro de 1985 - Processo n.º 6/84 - 1ª Secção do Tribunal Constitucional. *In* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 360. Lisboa: (1985).

Acórdão n.º 158/85 de 31 de Julho de 1985 - Processo n.º 66/84 - 1ª Secção do Tribunal Constitucional. *In* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 360. Lisboa: (1985).

Acórdão n.º 413/87 - Processo n.º 103/87 do Tribunal Constitucional. *In* Diário da República, II Série. (2/01/88).

Acórdão n.º 32/88 - Processo n.º 81/85 do Tribunal Constitucional. *In* Diário da República, II Série. (13/04/88).

Acórdão n.º 82/88 - Processo n.º 63/88 do Tribunal Constitucional. *In* Diário da República, II Série. (22/08/88).

Acórdão n.º 168/88 - Processo n.º 194/85 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. (11/10/88).

Acórdão n.º 257/88 - Processo n.º 358/87 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. (11/02/89).

Acórdão n.º 184/89 - Processo n.º 201/86 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. (9/03/89).

Acórdão n.º 266/89 - Processo n.º 290/88 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. (6/06/89).

Acórdão n.º 3/89 - Processo n.º 73/88 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. N.º 85: (12/4/89).

Acórdão n.º 480/89 - Processo n.º 604/88 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. (31/01/90).

Acórdão n.º 222/90 - Processo n.º 129/8 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. (17/09/90).

Acórdão n.º 163/90 - Processo n.º 154/89 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. (18/10/91).

Acórdão n.º 37/91 - Processo n.º 189/89 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. (26/06/91).

Acórdão n.º 494/99 do Tribunal Constitucional. In Diário da República, II Série. N.º 204: (1/9/99).

Tribunal Constitucional Federal Alemán - Sentencia Dictada por la sala II del tribunal Constitucional Federal Aleman de Karlsruhe - El 12 de Octubre de 1993. In Revista de

Instituciones Europeas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. ISSN 0210 - 0924. Vol. 20, n.º 3: (1993), p. 975-1035.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	2
ABREVIATURAS UTILIZADAS	4
SUMÁRIO.....	8
INTRODUÇÃO.....	9
 PARTE I - DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO	11
Enquadramento da questão	11
 CAPÍTULO I.....	18
As concepções doutrinárias gerais - abordagem.....	18
CAPÍTULO II.....	37
A aplicabilidade directa das normas do Direito Internacional	37
1. Do ponto de vista internacional	37
2. Do ponto de vista do Direito comparado.....	41
3. Do ponto de vista da actual Constituição Portuguesa	71
3.1. A solução antes da actual Constituição Portuguesa	71
3.2. A solução face à actual Constituição Portuguesa	74
CAPÍTULO III	81
A hierarquia das normas do Direito Internacional.....	81
1. Do ponto de vista internacional	81
2. Do ponto de vista do Direito Comparado.....	82
 PARTE II - DIREITO COMUNITÁRIO E DIREITO INTERNO	117
Enquadramento da questão	117
 CAPÍTULO I.....	121
A adesão à Europa de acordo com as Constituições dos Estados-membros	121
2. França	128

3. Itália	130
4. Bélgica	131
5. Luxemburgo	131
6. Holanda.....	132
7. Dinamarca.....	132
8. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte	133
9. Irlanda.....	134
10. Grécia.....	135
11. Espanha.....	136
12. Portugal.....	140
13. Suécia	146
14. Áustria	147
15. Finlândia	148
16. Algumas conclusões	148
CAPÍTULO II.....	152
Aplicabilidade directa do Direito Comunitário no direito interno	152
1. Abordagem Doutrinária.....	152
1.1. Autonomia do Direito Comunitário.....	152
1.2. Relação entre Direito Comunitário e Direito Internacional.....	158
1.3. Aplicabilidade directa do Direito Comunitário originário	160
1.4. Aplicabilidade directa do Direito Comunitário derivado	163
2. Abordagem do Direito Comparado	169
2.1. República Federal da Alemanha.....	170
2.2. França	170
2.3. Itália	171
2.4. Bélgica	174
2.5. Luxemburgo	176
2.6. Holanda.....	176
2.7. Dinamarca.....	177
2.8. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.....	177
2.9. Irlanda.....	177
2.10. Grécia.....	178

2.11. Espanha.....	178
2.12. Portugal.....	181
2.13. Suécia	182
2.14. Áustria	182
2.15. Finlândia	183
3. Abordagem Jurisprudencial (T.J.C.E. e os tribunais nacionais).....	183
3.1. Aplicabilidade directa dos Tratados e dos Regulamentos	188
3.2. Aplicabilidade directa das Decisões e das Directivas	189
4. Abordagem da Constituição da República Portuguesa.....	197
CAPÍTULO III	202
Hierarquia do Direito Comunitário no Direito interno	202
1. Primazia de acordo com a doutrina portuguesa.....	202
2. Primazia no direito comparado.....	213
2.1. República Federal da Alemanha.....	214
2.2. França	218
2.3. Itália	223
2.4. Bélgica.....	228
2.5. Luxemburgo	231
2.6. Holanda.....	231
2.7. Dinamarca.....	231
2.8. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.....	232
2.9. Irlanda.....	234
2.10. Grécia.....	235
2.11. Espanha.....	236
2.12. Portugal.....	242
2.13. Suécia	243
2.14. Áustria	243
2.15. Finlândia	244
3. Afirmação da primazia pelo T.J.C.E.	244
4. Primazia de acordo com a Constituição da República Portuguesa.....	257

PARTE III - A INTEGRAÇÃO	272
Enquadramento da questão	272
 CAPÍTULO I	277
Soberania e União Europeia	277
1. Acepções e evolução do conceito de Soberania	283
2. Soberania e sociedade internacional	295
3. A soberania que futuro?	301
CAPÍTULO II	310
O processo de integração europeia	310
1. Modelos de organização política	310
1.1. Confederação	311
1.2. Federação	313
1.2.1. O modelo federal: atribuições	316
1.2.2. O modelo federal: modalidades	317
1.2.3. Confederação e federação: diferenças	319
1.3. Organização internacional	320
1.3.1. As organizações internacionais de integração	322
2. Qual a natureza das Comunidades?	323
2.1. Posições doutrinárias	323
2.1.1. Doutrina alemã	323
2.1.2. Doutrina francesa	326
2.1.3. Doutrina italiana	328
2.1.4. Doutrina belga	330
2.1.5. Doutrina luxemburguesa	331
2.1.6. Doutrina holandesa	332
2.1.7. Doutrina dinamarquesa	333
2.1.8. Doutrina britânica	334
2.1.9. Doutrina irlandesa	335
2.1.10. Doutrina grega	336
2.1.11. Doutrina espanhola	336
2.1.12. Doutrina portuguesa	337

2.1.13. Doutrina austríaca.....	340
2.2. As várias teses	342
2.2.1. Tese Estadual	343
2.2.2. Tese Internacional.....	346
2.2.3. Tese Supranacional.....	348
2.2.4. Tese Federal ou Confederal	349
2.3. Propostas alternativas	353

PARTE IV - OS ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO

COMUNITÁRIO.....	365
Enquadramento da questão	365
CAPÍTULO I.....	369
A Constituição e as ordens jurídicas.....	369
CAPÍTULO II.....	375
O constitucionalismo e os principais sentidos de Constituição: a Constituição em sentido formal e em sentido material	375
CAPÍTULO III	383
Elementos constitucionais essenciais	383
1. Direitos e liberdades fundamentais.....	384
2. Separação de poderes.....	385
3. O princípio da participação dos cidadãos no exercício do poder	386
4. Outros elementos da Constituição	388
CAPÍTULO IV	390
Será que já existe uma Constituição Europeia?.....	390
1. A Negação da sua existência	391
1.1. Poder Constituinte	391
1.2. Direitos e Liberdades.....	396
1.3. Separação de poderes e sistemas de governo	398
1.4. O povo europeu	399
1.5. Território.....	402
2. A Defesa da existência de Elementos Constitucionais.....	404

2.1. Nos Tratados institutivos das Comunidades Europeias.....	404
2.2. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.....	412
2.3. Nas Constituições dos Estados-membros	423
2.4. Na jurisprudência dos tribunais superiores dos Estados-membros	426
2.5. Nos Valores e Princípios constitucionais da União Europeia e dos seus Estados-membros	429
3. Algumas propostas doutrinárias	432
 CONCLUSÃO.....	 447
BIBLIOGRAFIA	456