

Primazia do Direito Europeu e Contralimites Como Técnicas para a Relação Entre Ordenamentos

FAUSTO VECCHIO

Professor Assistente da Universidade de Enna.

SUMÁRIO: 1 Premissas. As relações entre os ordenamentos como um problema aberto; 2 As recentes modificações no sistema de tratados; 3 As recentes mudanças introduzidas nos sistemas nacionais; 4 As novas orientações jurisprudenciais; 5 O papel constitucional do Tribunal de Justiça da União Europeia e o reenvio prejudicial promovido pelos juízes constitucionais como condição para a uniformidade do sistema europeu.

1 PREMISSAS. AS RELAÇÕES ENTRE OS ORDENAMENTOS COMO UM PROBLEMA ABERTO

É sabido que, a partir do momento em que o Tribunal de Justiça Europeu estabeleceu a estrutura ordenamental do sistema europeu e regulamentou o princípio do efeito direto do direito comunitário, os ordenamentos nacionais enfrentaram a necessidade de estabelecer critérios de relacionamento entre o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico supranacional.

Foi um processo que se desenvolveu seguindo várias etapas evolutivas.

De fato, as polêmicas surgidas como consequência da primeira sentença com a qual o Tribunal Constitucional italiano tinha resolvido o conflito, baseando-se no critério da *lex temporalis* levou os juízes constitucionais europeus (*in primis* os alemães e os próprios italianos) a resolver os conflitos individualizando critérios de relacionamento diferentes. Dessa maneira, seguindo as interpretações avançadas pelo Tribunal de Justiça de uma forma progressiva, os vários Tribunais Constitucionais elaboraram sofisticados mecanismos jurídicos para garantir a prevalência sobre os âmbitos de aplicação das normas comunitárias e, ainda que de maneira não incondicional, foram-se pouco a pouco, resignando com um sistema de relações centrado na prevalência da norma comunitária. Especificamente, por meio de uma hábil reconstrução do fenômeno comunitário, as jurisdições constitucionais deram por certa a cobertura constitucional do primado, tomando em consideração o fato de a integração europeia formar parte dos valores que derivam das respectivas Constituições, mas, ao mesmo tempo, preocuparam-se em corroborar o fundamento interno da integração e em individualizar uma

série de normas (essencialmente direitos humanos e princípios fundamentais do ordenamento), que, ainda que expressem valores constitucionalmente superiores, impedem a aplicação da doutrina da *primauté*.

Por outro lado, a ciência jurídica pôs em relevo, imediatamente, que, ainda que a chamada teoria dos contralimites (conhecida como teoria dos limites impostos pela Constituição às limitações de soberania consentidas a favor do ordenamento europeu) tenha sido criada com a finalidade de temperar (*rectiu*: equilibrar) a necessidade de adaptação às regras europeias; e, dessa maneira, as consultas pudessem manter o direito à última palavra, na prática privilegiou-se apenas a Primeira Instância, em prejuízo da Segunda. Tampouco se determinou a modificação do quadro geral ao individualizar uma segunda circunstância de contralimites: de maneira similar ao sucedido com as normas que codificam direitos fundamentais, a ideia de que as violações do princípio de atribuição de competências possam impedir a aplicação da primazia, ainda sendo corroborada como princípio, nunca foi aplicada formalmente. Além disso, a partir do momento em que as consultas puderam assegurar-se de que o juiz da comunidade tinha obrigação de desaplicar de imediato a norma interna contrastante, as garantias do primado enriqueceram-se com um importante entorno processual: com a dupla intenção de garantir a autonomia do ordenamento europeu e de evitar contradições entre o juízo constitucional e o juízo supranacional, os juízes constitucionais, ao criar um sistema em que um ditame seu pudesse intervir apenas para corrigir as sentenças dos seus colegas europeus, permitiram que se reconhecesse ao Tribunal de Justiça a função de regulador principal das relações entre ordenamentos e (ainda que continuando a sua reivindicação abstrata de competência) continuaram a permitir a redução das possibilidades de aplicar concretamente os contralimites.

De acordo com este fundamento pretório, a organização segundo a qual se estabelecem atualmente as relações entre os ordenamentos parece distinguir-se por uma irresolúvel precariedade substancial entre primazia e contralimites que, ainda hoje em dia, está sujeita a mudanças. Em primeiro lugar, há que se considerar algumas modificações normativas introduzidas a nível nacional que, em nome da especificidade dos valores constitucionais nacionais, parecem afastar-se do modelo anteriormente descrito. Em segundo lugar, considerando o fato de que os projetos de reforma do sistema europeu concordam com a vontade de codificar a cláusula de salvaguarda das identidades constitucionais, com a de ratificar fortemente o princípio de atribuição de competências e com a de reconhecer um valor jurídico pleno à Carta dos Direitos Fundamentais, não surpreende que, no momento atual, estejamos diante de uma série de ajustamentos jurisprudenciais bastante importantes: a partir do momento em que se consolidam os “contrapesos” da

primazia e no momento em que se expande o âmbito de sobreposição entre ordenamentos nacionais e ordenamento europeu, inevitavelmente, acabam por voltar a colocar-se em discussão os equilíbrios consolidados.

Portanto, com a intenção de refletir novamente sobre os possíveis problemas que possam surgir devido aos novos equilíbrios que se têm estabelecido entre primazia e contralimites, o presente trabalho, após ter apresentado as recentes reformas da União Europeia e de alguns sistemas constitucionais, analisará os principais pontos de conflito que se apresentam, na atualidade, entre as jurisprudências nacionais e a jurisprudência europeia.

2 AS RECENTES MODIFICAÇÕES NO SISTEMA DE TRATADOS

As recentes modificações a que foi submetido o sistema dos tratados representam um dos fatores mais importantes que contribuiram para pôr em discussão os equilíbrios estabelecidos por intermédio das relações entre os ordenamentos. Mais ainda, se tomarmos em conta o fator psicológico, sem dúvida alguma que podemos considerá-las entre os fatores que colocaram em marcha um processo de redefinição da ordenação geral sobre a qual se baseia o modelo europeu.

A partir dos trabalhos preliminares da Convenção europeia, pode-se notar que a atenção dada ao problema das relações entre ordenamentos foi aumentando paulatinamente. Antes de tudo, a ciência jurídica seguiu com interesse a deslocação do princípio da primazia, fora do Título da Parte I, dedicada às competências da União, e pôs em relevo o temor de que com essa mudança de posição da primazia se tivesse querido reconstruir de forma hierárquica a relação entre ordenamento europeu e ordenamentos nacionais: enquanto que, de acordo com a localização inicial dada pela Convenção europeia ao art. I-6 se evidenciava, claramente, que a aplicação do primado tinha que estar submetida à aplicação correta das regras sobre a competência. A colocação da cláusula no final, colocando-a fora do contexto dedicado às competências, fez com que se debilitasse o nexo entre primazia e regras de competência, deixando certa margem de incerteza e ambiguidade. Por outro lado, ainda face a essa nova posição, a doutrina mais acreditada preocupou-se, de imediato, em circunscrever os efeitos da primazia e, de acordo com uma interpretação textual e sistemática do art. I-6 do projeto de reforma, baseando-se nos efeitos interpretativos estabelecidos pela Declaração final nº 1, concluiu que a possível entrada em vigor da disposição não teria determinado nenhuma modificação na relação entre ordenamentos. Em primeiro lugar, valorizando a natureza identificativa do mandato da Convenção instituída em Laeken, que estabeleceu que, até onde fosse possível, os princípios vigentes antes da entrada em vigor do

Tratado constitucional deveriam ser interpretados de acordo com o *acquis communautaire* consolidado e que, portanto, de acordo com o estabelecido no art. 1-6 não se produziram mudanças a respeito da relação entre primazia e o sistema de competências. Em segundo lugar, e referindo-nos ao mesmo problema, pôs-se em relevo que, não obstante a localização ambígua, a conceptualização da norma preocupou-se em especificar que “o direito adotado pelas instituições da União, para poder cumprir com as competências que lhe foram atribuídas, prevalece em relação ao direito dos Estados-membros”. Dessa explicação, deduziu-se que a mesma disposição teria sido utilizada para esclarecer qualquer dúvida sobre o tipo de relação existente entre hierarquia e competência que o Tratado constitucional tinha como objetivo instituir. Inclusivamente – e é sobretudo essa a nova característica que nos interessa pôr em relevo – alguns autores, seguindo essa mesma linha interpretativa e apoiando-se nas posições “antissoberanistas” e “anti-hierárquicas” da subsidiariedade, chegaram ao ponto de sustentar que a disposição em análise tinha a intenção de subordinar a aplicação da primazia e a desaplicação ligada, também, à constatação (muito difundida) do respeito dos parâmetros impostos pelo princípio da subsidiariedade.

O limite do respeito das competências não poderia impedir, por si mesmo, que as normas do Tratado constitucional prevaleçam, sem condição alguma, sobre as normas constitucionais nacionais. De fato, sem esquecer que, sobre todas as coisas, o Tratado foi o ato por meio do qual os Estados-membros conferiram competências à União, e referindo-nos também às disposições do próprio Tratado, não tem nenhum sentido criar um problema relativamente ao respeito pelas normas sobre competências: de acordo com opiniões ilustres, “o art. 1-6 refere-se, com absoluta clareza, ao tema das competências, com respeito apenas ao direito derivado” já que “por definição, o Tratado atua no âmbito de competências da União”, sendo fonte das atribuições comunitárias. No entanto, essa reflexão não nos pode induzir a pensar que a tradição anterior tenha querido reconstruir as relações entre os ordenamentos com base hierárquica. É por isso que, para estabelecer um critério alternativo que permita resolver um provável contraste entre normas constitucionais internas e normas de direito primário europeu, o Tratado constitucional fortaleceu a cláusula de salvaguarda das identidades constitucionais dos Estados-membros, prevista no art. 6 da precedente formulação do Tratado da União Europeia. Especificamente, podemos dizer que, enquanto a fórmula anterior se limitou a estabelecer que “a União respeita a identidade nacional dos Estados-membros”, o art. 1-5 do Tratado constitucional deu maior força ao empenho em respeitar as peculiaridades dos ordenamentos nacionais e, com um enunciado mais incisivo, previu que “a União respeita a igualdade dos Estados-membros face à Constituição

e a sua identidade nacional, dentro da sua estrutura fundamental, política e constitucional, incluindo o sistema de autonomias regionais e locais”. Essa mudança textual foi decisiva, já que, por intermédio do retorno à estrutura constitucional, o ordenamento europeu reconheceu pela primeira vez a teoria dos contralimites. Em conclusão, de uma simples referência ao respeito em geral pelas diversidades dos Estados-membros, passa-se a reclamar um princípio bastante consolidado na tradição jurídica “autárquica” dos Tribunais Constitucionais, cheio de instigações e repercussões práticas: de uma maneira diferente do sucedido no passado, a “identidade nacional a que se refere o art. I-5 tem no momento atual um núcleo próprio juridicamente identificado e que é constituído pelos princípios fundamentais selecionados pelas Constituições nacionais”. De acordo com a interpretação dominante, por meio da combinação entre o art. I-6 e o art. I-5, o Tratado constitucional teve por intenção impedir uma reconstrução das relações entre os ordenamentos “puramente monista” e teria tratado de procurar uma fórmula mais respeitadora da “unidade na diversidade” que caracteriza o ordenamento europeu. Mais concretamente, europeizando os contralimites, os tradicionais teriam querido consagrar uma primazia condicionada (ou, de acordo com uma expressão célebre, uma “primazia invertida”) que, declaradamente, em contraste com algumas pretensões contraditórias do Tribunal de Justiça, reconhece o limite dos princípios fundamentais e que, sem predefinir soluções antecipadas para os conflitos entre ordenamentos, delega nas técnicas de concordância ou equilíbrio (e, portanto, na atividade do intérprete) encontrar as soluções mais adequadas ao caso concreto.

A ideia de um primado exclusivamente aplicativo e condicionado não foi consagrada apenas no art. I-5. Não tomando em consideração algumas disposições que provavelmente poderiam estar relacionadas, de maneira implícita, com essa mesma concessão, a respeito das relações entre ordenamentos poderíamos dizer que o reconhecimento europeu dos contralimites foi clamorosamente confirmado nas cláusulas horizontais com as quais se encerra a segunda parte do Tratado constitucional.

Portanto, com a intenção de salvaguardar uma competência nacional considerada, ainda, hoje em dia, de fundamental importância, foi sobretudo o art. II-111 que se preocupou em circunscrever o âmbito de aplicação do sistema europeu de tutela. Assim, com a única (e importante) exceção dos atos estaduais adotados para dar execução a uma obrigação comunitária, a norma manteve inalterado o âmbito de operatividade dos sistemas nacionais de tutela, prevendo que

as disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-membros, apenas quando apliquem o direito da União.

Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União por outras partes da Constituição. [...] A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas por outras partes da Constituição.

Com uma conceptualização com tantos pontos ambíguos e discutíveis, o art. II-113 prevê outra garantia a favor das Constituições nacionais. De uma maneira mais clara, o artigo limitou a operatividade das normas europeias, estabelecendo que

nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são partes a União ou todos os Estados-membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-membros.

Ou seja, em cada circunstância em que haja uma disposição capaz de garantir um melhor nível de tutela, sem ter em conta a sua proveniência, esta prevalece sobre a aplicação da disposição europeia.

A razão desses ulteriores obstáculos jurídicos à *primauté* é bastante evidente: a partir do momento em que se atribuiu pleno valor jurídico à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os redatores do texto, sabendo que entrevam em um âmbito que, desde o primeiro momento, havia sido definido como identitário pelos Tribunais Constitucionais nacionais, adotaram medidas cautelares para evitar que as normas supranacionais deixassem sem valor as disposições fundamentais internas e reconstruíram as relações entre os diversos sistemas jurídicos de tutela de acordo com uma lógica alheia à hierarquia que, de acordo com as circunstâncias, pudesse premiar o nível nacional.

As circunstâncias que impediram a entrada em vigor do Tratado constitucional e que determinaram a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, voltando a propor-se os equilíbrios normativos estabelecidos pela ideia de europeização dos contralimites, parecem aprovar a renovada ordenação proposta pelos tradicionalistas europeus. Desse ponto de vista, nem sequer a mudança de localização do primado da parte do Tratado que se ocupa dos princípios fundamentais para uma declaração final parece estar destinada a modificar, de maneira significativa, a situação normativa que tem a ver com o limite da identidade constitucional. Portanto, com respeito ao Tratado de

Lisboa podemos concluir, sem nenhum problema, que este cumpre com a execução das novidades normativas propostas pelo Tratado constitucional.

Se se analisar esse ponto de vista, não parecem ser influentes as afirmações com as quais a ciência constitucional, apoiando-se no facto de a Declaração se basear na jurisprudência do Tribunal de Justiça e de, ainda que de maneira indireta, sustentar a irrelevância jurídica da falta de positivação do princípio, não deu a devida importância à mudança, defendendo que “a codificação da regra da primazia [...] saída pela porta [...] fez-se entrar pela janela”. Uma tal conclusão não leva em conta as consequências que se geram, tanto a nível formal como a nível simbólico, pela desclassificação do primado e é por isso que aparenta ser demasiado otimista: uma coisa é o reconhecimento normativo total da primazia que se teria produzido em caso de ratificação do Tratado constitucional e outro é, em vez disso, o valor puramente interpretativo que se reconhece às Declarações finais.

No entanto, não tendo em consideração as fórmulas de compromisso utilizadas para compensar a perda de uma das novidades constitucionais que era considerada como uma das mais importantes, que tinha que ter sido introduzida nessa fase de reforma do sistema de tratados, o que na realidade nos interessa neste trabalho de investigação é o facto de se ter voltado a propor-se a cláusula de salvaguarda das identidades constitucionais dos Estados-membros. Se se analisar textualmente o conteúdo da disposição do art. 1-5, o Tratado de Lisboa introduz uma nova versão do art. 4º do Tratado da União Europeia, ainda que de um valor textual idêntico ao da disposição do Tratado constitucional. Além disso, se nos referirmos ao conteúdo da Carta dos Direitos Fundamentais do art. 6º do Tratado da União Europeia, o Tratado de Lisboa refere-se a disposições que têm o mesmo conteúdo material que os art. II-111, II-112 e II-113 do Tratado constitucional. Ao menos aparentemente, o facto de se voltarem a propor essas disposições confirma a vontade normativa de formalizar um sistema de relações entre os ordenamentos que, além dos equilíbrios consolidados, confia à lógica do equilíbrio a tarefa de recuperar os princípios nacionais em que se personifica a identidade constitucional.

3 AS RECENTES MUDANÇAS INTRODUZIDAS NOS SISTEMAS NACIONAIS

Nestes últimos anos, no quadro de um processo geral que vê aumentar as competências e os poderes dos Tribunais Constitucionais nacionais, os legisladores intervieram ou para circunscrever o âmbito de aplicação do primado ou para fortalecer as posições dos juizes internos em relação às instituições judiciais europeias. Além disso, também nesse caso as reformas se associam de acordo com semelhanças significativas e, em nome da salva-

guarda da declinação nacional dos direitos e dos princípios fundamentais, parecem estar destinadas a produzir um redimensionamento da ação do juiz europeu e, como consequência, reduzir as possibilidades de aplicação da primazia da norma comunitária. Portanto, devido à capacidade que têm (pelo menos potencialmente) de pôr em discussão os corolários do procedimento, sobre os quais a jurisprudência constitucional italiana e a jurisprudência constitucional alemã construíram as modalidades concretas para reconhecer o predomínio da aplicação do direito europeu, essas mudanças normativas respeitantes às modalidades de relação entre os ordenamentos têm muita importância, sobretudo para levar a cabo este trabalho de investigação.

A primeira medida que consideramos é a Lei de Revisão Constitucional nº 2008-724, de 23 de julho de 2008. Com essa reforma constitucional, também França – no quadro de uma reorganização completa dos equilíbrios entre os poderes da V República – superou parcialmente o chamado “excepcionalismo” transalpino e, ainda que contemplando determinados limites cronológicos, substanciais e de procedimento, introduziu uma fiscalização de constitucionalidade *a posteriori* e casual.

De acordo com o objetivo deste trabalho, assinalamos essa reforma já que, conhecendo a necessidade que se tem de ligar o novo controle com as velhas competências do *Conseil Constitutionnel* e sobretudo, ao assegurarmos a necessidade de conectar o novo controle com a ação dos juízes ordinários e com a dos juízes europeus, por meio da Lei Orgânica nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009 (assinalada explicitamente no segundo apartado do art. 61º, nº 1) dispôs-se um procedimento bastante claro. Assim, para coordenar o sindicato de constitucionalidade *a posteriori* com o controle preventivo e com a jurisdição ordinária, a lei contempla que, se uma das partes de um procedimento jurisdicional decidir submeter (por escrito e com instância *ad hoc*) ao juiz uma dúvida relacionada com a conformidade entre uma disposição legislativa e os direitos, as liberdades e as garantias asseguradas pela Constituição nacional, este último, logo após ter levado a cabo um primeiro controle sobre a relevância, a novidade e a seriedade da questão, reenvia os atos judiciais ao juiz de Última Instância (conforme os casos, ao Conselho de Estado ou ao Tribunal Supremo), o qual, depois de um controle ulterior em um espaço de três meses, o envia finalmente ao *Conseil Constitutionnel*. Por sua vez, para regular as relações com a jurisdição europeia e com o controle de conformidade com os acordos internacionais (*in primis* a Convenção Europeia dos Direitos do Homem) que, de acordo com o art. 55º da Constituição, é exercido pelos juízes ordinários, os art. 23º, 2, e 23º, 5, da Ordonnance nº 58-1067 (introduzidos pela Lei Orgânica nº 2009 – 1253), sem prever novamente a reserva das exigências

que derivam da afiliação da França à União Europeia, limitam-se a dispor a prioridade procedimental do sindicato de constitucionalidade.

Porém, se considerarmos que o terceiro apartado novo do art. 62º dispõe que “contra as decisões do Conselho Constitucional não se admite nenhum recurso [e que] as mesmas são obrigatórias para os Poderes Públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais”, podemos dar-nos conta, imediatamente, dos problemas de conformidade com o direito europeu que se criam com essa reforma. De fato, seguindo as indicações que derivam da combinação entre o art. 62º da Constituição e dos art. 23º, 2, e 23º, 4, da Ordonnance, tem-se a sensação de que, quando se estabelece uma igual importância entre o parâmetro comunitário e o parâmetro constitucional (a assim chamada hipótese de “duplo caráter prejudicial”), o juiz terá o dever de colocar de imediato a questão de constitucionalidade e logo que o Conseil dê o seu veredicto, o mesmo terá que adequar-se, sem ulterior demora, à decisão do órgão constitucional nacional. Por fim, o conteúdo textual da reforma autoriza uma reconstrução por meio da qual, contrariamente ao estabelecido na sentença *Simmenthal*, o sindicato de constitucionalidade da disposição exclui o controle de conformidade com os acordos internacionais e, portanto, de uma maneira mais audaz que na sentença *Frontini* (que a tal propósito se limitou apenas à intervenção obrigatória da Consulta italiana) impede o caminho à intervenção do Tribunal de Justiça cada vez que se assoma um perfil de constitucionalidade.

Para tratar de redimensionar as consequências de uma interpretação tão explosiva interveio rapidamente o próprio Conseil Constitutionnel: mesmo antes da entrada em vigor da Lei Orgânica nº 2009-1523, o juiz constitucional francês, reconhecendo os problemas com o direito comunitário, utilizou a oportunidade oferecida pelo controle preventivo de constitucionalidade da mesma lei e encarregou-se de circunscrever os efeitos antieuropeus da nova reforma. Com maior exatidão, ainda afirmando a constitucionalidade da disposição, o máximo órgão constitucional francês – reintroduzindo efetivamente a cláusula de salvaguarda dos acordos internacionais prevista no projeto de reforma inicialmente apresentado pelo Governo – reconheceu que a prioridade atribuída ao controle de constitucionalidade tem apenas a finalidade de corroborar a superioridade da Constituição perante a hierarquia de fontes e de nenhuma maneira pode levar ao incumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país.

As garantias dadas pelo Conseil Constitutionnel não convenceram o Tribunal Supremo francês que, com uma sentença de 16 de abril de 2010, pôs em discussão a total organização da justiça constitucional francesa. Com o poder outorgado para o controle de uma questão de constitucionalidade colocada pelo Tribunal de Lille, o supremo órgão jurisdicional tran-

salpino, em vez de sentenciar com base nos fundamentos da reclamação (como se previa no art. 23º, 4, da Ordonnance nº 58 – 1067) preferiu, em vez disso, recorrer ao instrumento processual previsto pelo art. 267º TFUE, perguntando ao Tribunal de Justiça se era compatível com o direito comunitário uma disposição nacional que limitasse a possibilidade de o juiz ordinário utilizar o reenvio prejudicial ao juiz europeu. Bem, se por um lado não há dúvidas de que o Tribunal Supremo levou a cabo esse reenvio para aproveitar as vantagens oferecidas pelo “uso alternativo das competências prejudiciais”, é certo, também, que com base da intervenção corretiva do órgão constitucional, o sistema que nos apresentaram se caracteriza por muitas ambiguidades conceptuais de fundo.

Baseados em tal situação, não surpreende que a vontade de aclarar os termos da normativa, antes da intervenção do Tribunal do Luxemburgo, tenha feito com que o Conseil Constitutionnel regressasse com um ditame mais incisivo sobre os problemas criados pela reforma constitucional e pela lei orgânica. De fato, aproveitando a ocasião oferecida por um sindicato preventivo da constitucionalidade de uma lei em matéria da liberalização da gestão dos jogos de azar, a instituição francesa tratou de dar respostas antecipadas às perplexidades colocadas pelo Tribunal Supremo e esclareceu a sua conceção sobre a relação entre controle de constitucionalidade e controle de conformidade com os tratados internacionais e comunitários. Segundo o Conseil, ao contrario do que sucede na Itália e na Alemanha, os problemas relacionados com os possíveis conflitos entre uma norma legislativa e as obrigações que derivam de um acordo internacional ou comunitário não podem ser enquadrados como questões de constitucionalidade, pelo que estes (com a única exceção do controle sobre a correta execução das diretivas) permanecem da competência do juiz ordinário, o qual, em linha com as disposições da doutrina Simmenthal, tem a liberdade de atribuir o predomínio das disposições internacionais sobre as disposições internas que tenham superado o controle de constitucionalidade. Além disso, de acordo com o juiz constitucional francês, o pouco tempo para o controle e o fato de, ainda à espera dos resultados de um sindicato de constitucionalidade, o juiz ordinário dispor de todos os instrumentos conservadores idôneos para garantir as posições subjetivas tuteladas pelo direito comunitário deveriam excluir qualquer possibilidade de conflito.

Os mesmos problemas de conexão com o ordenamento europeu parecem ter-se criado, também, com a nova formulação da lei da Cour d'Arbitrage belga, com a qual o legislador recentemente reinscreveu o conteúdo da “dupla prejudicialidade” de uma maneira substancialmente conforme às disposições francesas: supondo que têm igual importância o parâmetro comunitário e o parâmetro constitucional, a Cour de Cassation

tem obrigação de recorrer à Cour d'Arbitrage antes de emitir opinião sobre a legitimidade comunitária (e convencional) do ato; o novo art. 26º da Loi speciale, de 6 de janeiro de 2009, interrompe a tradicional abertura do ordenamento belga à União Europeia e provoca as mesmas perplexidades colocadas pela homologada normativa francesa. Mais ainda, nesse caso há a agravante de ter atuado deliberadamente para intentar limitar a possibilidade de o juiz ordinário dar aplicação imediata à norma supranacional nos casos de dupla prejudicialidade. De fato, de acordo com o referido pela ciência jurídica belga, a reforma aproveita a vontade que se teria de impedir que no futuro a magistratura ordinária pudesse continuar a levar a cabo uma práxis judicial segundo a qual, nos casos de “dupla prejudicialidade”, o reenvio ao juiz constitucional seria supérfluo devido ao predomínio das normas convencionais e das normas comunitárias sobre o direito constitucional interno. De acordo com essa perspectiva, não surpreende que, não obstante o fato de a ciência jurídica se ter apressado a especificar que, mesmo após a reforma, o juiz ordinário mantém inalterado o seu poder de desaplicar a norma ordinária contrastante com o direito supranacional, o Tribunal de *première instance* de Liège continua com a sua atitude hostil contra a jurisdição constitucional e, com o caso Chartry, decidiu recorrer ao Tribunal de Justiça para solicitar que se verifique se o novo conteúdo do art. 26º da lei sobre a Cour d'Arbitrage está conforme o sistema comunitário. Podemos apreciar claramente que o pedido prejudicial põe em evidência um clima de intolerância por parte do juiz ordinário em relação à nova obrigação que tem de envolver o juiz constitucional, bem como o fato de não tomar em conta as indicações dadas pela ciência jurídica para evitar, a nível teórico, uma interpretação da reforma contrastante com o Direito europeu.

Apesar das tentativas feitas, por parte da doutrina belga e da jurisprudência constitucional francesa, para resolver as contradições criadas pelas mudanças estabelecidas nos sistemas constitucionais, o tipo de acolhimento que se vislumbra continua a ter muitos lados escuros. Tanto o Conseil como a ciência constitucional belga, no momento em que estabeleceram que a intervenção do juiz constitucional não exclui a possibilidade de uma margem de ação por parte do juiz comunitário, não deram soluções de grande alento a todos os problemas ligados às novas disposições.

De fato, não podia passar despercebido que, no sistema proposto pela jurisprudência Solange e Granital (aceito pela jurisprudência do Luxemburgo), o juiz ordinário tem a obrigação, sob pena de restituição dos atos, de consultar previamente o Tribunal europeu; no sistema proposto pelas reformas em questão, apesar das correções feitas e examinadas no parágrafo anterior, parece que o juiz ordinário que enfrente um caso em que têm igual relevância o parâmetro constitucional e o parâmetro comunitário

só tem a possibilidade de recorrer previamente ao reenvio por via do art. 267º TFUE. Nesse sentido, estabelecendo que “o art. 61º, 1, da Constituição e os art. 23, 1, e seguintes não impedem aos juízes no momento em que o julgarem oportuno a possibilidade (e, de acordo com os casos, o dever) de utilizar o reenvio prejudicial previsto no art. 267º TFUE”, o Conseil dá pelo menos a impressão de consentir a possibilidade de que o juiz eleja a ordem de reenvio. A mesma ambiguidade parece ser considerada por parte da ciência jurídica belga, quando se limita a afirmar que, não obstante a reforma, o juiz ordinário pode colocar uma questão prejudicial cada vez que o creia oportuno.

Pois bem, não tomando em conta o fato de que conjeturas similares dão origem a incertezas jurídicas e levam a legitimar “o uso alternativo da competência prejudicial” que foi precisamente o que conduziu os juízes ordinários à revolta; é, portanto, difícil negar que não forme parte de uma violação do ordenamento comunitário um sistema no qual o Tribunal Constitucional nacional possa intervir primeiro em uma questão de duplo caráter prejudicial. De fato, se se tiver presente a importância que historicamente teve a ordem dos reenvios na consolidação da doutrina da *primauté*, poder-se-á entender como, não obstante as cautelas tomadas para a interpretação das reformas, estas continuam a suscitar tanto temor: nos casos em que o reenvio à jurisdição constitucional se dê antes do reenvio para a jurisdição europeia, considerando a circunstância de que não há nenhuma garantia de que os juízos futuros do Conseil e da Cour d’Arbitrage se limitem a valorações sobre a abstrata constitucionalidade da norma e não cheguem, por sua vez, a estabelecer a solução concreta, é fácil prever que o juiz ordinário tentará aplicar diretamente o ditame estabelecido pelo juízo de constitucionalidade e, na prática, terminará excluindo o Tribunal do Luxemburgo. Por fim, há o risco de que proliferem situações processuais similares às que levaram o Conselho de Estado italiano a não aplicar o Direito europeu para executar a sentença estabelecida previamente pelo juiz constitucional.

4 AS NOVAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

No quadro das modificações normativas, não satisfaz o panorama das novidades que recentemente se dispuseram para inovar as formas de relação que se estabelecem entre os ordenamentos. Ainda à luz da origem basicamente pretória sobre a qual se fundamentam as relações entre os ordenamentos, a análise da evolução dos critérios de conexão entre os sistemas jurídicos nacionais e o sistema jurídico europeu considerar-se-ia incompleta se não se tomassem também em conta os últimos progressos jurisprudenciais.

Os vários projetos de reforma do sistema europeu estimularam os Tribunais Constitucionais nacionais a exprimir o seu próprio ponto de vista sobre os últimos progressos no processo de integração: aos juízes constitucionais franceses, espanhóis, polacos, checos, alemães, letões, austríacos húngaros e dinamarqueses foi outorgada a responsabilidade de emitir um juízo sobre a constitucionalidade das medidas nacionais com as quais se chegou à ratificação tanto do Tratado Constitucional como do Tratado de Lisboa. Da análise desses juízos emergem tanto elementos de continuidade com a posição tradicional dos contralimites como elementos novos. Em primeiro lugar, é oportuno notar que, de acordo com os últimos resultados da teoria dos contralimites, as três sentenças analisadas têm em comum a dificuldade em abandonar o conceito de soberania nacional por parte dos Tribunais Constitucionais nacionais: ainda que se reconheça normalmente o direito comunitário como ordem jurídica *sui generis*, os juízes constitucionais descrevem, ainda, o ordenamento europeu como um sistema de normas fundamentado no direito interno e, como consequência dessa operação hermenêutica, ainda que reconhecendo o papel do Tribunal de Justiça, continuam a defender o seu direito ao veredicto final sobre as questões relacionadas com a identidade constitucional. Seguindo a linha adotada com respeito à passada tradição dos contralimites, há que distinguir entre a prevalência aplicativa da norma comunitária e a supremacia das disposições nas quais se personifica a identidade nacional: exatamente igual ao que sucedeu com a jurisprudência constitucional italiana e alemã em anos passados, essas novas sentenças também desenvolvem a ideia de legítima convivência de uma pluralidade de normas jurídicas igualmente válidas que se medem apenas a nível aplicativo.

Junto a esses rasgos de continuidade, parece que a normatização da cláusula de salvaguarda das identidades constitucionais introduziu alguns elementos de novidade que provavelmente estão destinados a pôr em discussão o equilíbrio entre a jurisprudência comunitária e a jurisprudência constitucional italiana e alemã que com tanto trabalho se havia logrado nas décadas passadas. Há que pensar que apenas a simples aparição de novos atores que alinham com a posição tradicionalmente seguida pelo Bundesverfassungsgericht e pelo Tribunal Constitucional italiano mostra um cenário diferente em relação ao passado e fortalece de maneira significativa a possibilidade de uma específica intervenção de censura por parte dos juízes constitucionais: deixando de raciocinar em um sentido probabilístico, a presença de uma pluralidade de Tribunais dispostos a intervir para garantir a salvaguarda da identidade constitucional, de forma abstrata, sabendo que estes, em geral, não dão muita importância a um incumprimento das normas comunitárias, fortalecer-se-ia a posição de cada um deles e poder-se-ia incentivar um uso efetivo (ainda que de forma circunscrita) do contralimite.

Além disso, o uso da fórmula da identidade constitucional, tradicionalmente utilizada pelos juízes constitucionais, levou as consultas a interpretar as cláusulas sobre a salvaguarda da identidade constitucional como um reconhecimento das reivindicações das suas competências e, de uma maneira mais geral, como uma afirmação das suas doutrinas “nacionais-soberanísticas”: contrariamente ao que faziam no passado, os juízes constitucionais não continuam a fundamentar as suas decisões apenas com base no ordenamento jurídico interno, acolhendo determinados elementos por meio do ordenamento comunitário. Por fim, como ulterior elemento de erosão dos equilíbrios jurisprudenciais consolidados, a europeização dos contralimites determina um regresso desafiante da reconstrução formalística do sistema de fontes: tanto o Conseil Constitutionnel francês como o Trybunał Konstytucyjny polaco e o Satversmes Tiesa letão, ao afastarem-se da jurisprudência Solange II e Granital estabelecem que a Constituição nacional é o texto jurídico no qual está consagrada a identidade da nação e, portanto, estendem significativamente o parâmetro para levar a cabo o controle de constitucionalidade do direito comunitário. Além de tudo, tanto no caso francês como no caso alemão, tais operações para redefinir os limites são acompanhadas de uma especificação sobre os âmbitos mais sensíveis para a aplicação do primado: não tomando em conta o conceito que estabelecia que o único limite definido consiste na cessão da kompetenz – kompetenz, os juízes determinam os setores em que concentrarão a sua atenção. Claramente, pode observar-se que, tanto a extensão dos casos nos quais, pelo menos de forma abstrata, se reivindica o predomínio da norma interna sobre a norma comunitária, como uma interpretação mais precisa das disposições nacionais que se consideram irrenunciáveis, faz pressagiar uma atitude diferente na utilização dos contralimites.

Não tendo em consideração a análise desenvolvida no parágrafo anterior, há que destacar, afastando-nos da tradição passada, a maneira por intermédio da qual os juízes constitucionais europeus estão a aproveitar a cobertura oferecida pelo estabelecimento da europeização dos contralimites para obstaculizar a plena eficácia do direito da União Europeia.

Em particular, as recentes mudanças assistiram à criação de duas técnicas judiciais elaboradas, precisamente, com a ideia de garantir o predomínio aplicativo de alguns valores constitucionais internos considerados irrenunciáveis. Em primeiro lugar, há que considerar, neste momento, a jurisprudência constitucional que declarou a inconstitucionalidade das disposições internas de execução de atos europeus, não tomando em consideração a sua conexão com o sistema supranacional: ultrapassando a ideia de que a competência europeia determina uma cessão (de uma quota) de soberania e, portanto, pelo menos normalmente, impede a possibilidade de

intervenção das instituições nacionais, os juízes polacos, alemães, cipriotas, húngaros, romanos e checos instituíram a possibilidade de poder verificar se o legislador, na realidade, aproveitou de maneira constitucionalmente conforme a margem de discricionariedade permitida pela norma comunitária.

Há que notar que, desse ponto de vista, os Tribunais Constitucionais nacionais, esquecendo-se do dever de não usurpar as competências das instituições europeias, acabaram por declarar a inconstitucionalidade total das disposições impugnadas e nem sequer levaram em consideração a teoria dos contralimites, acabando por aplicar concretamente a cláusula de salvaguarda das identidades constitucionais.

Em segundo lugar, há que recordar a linha jurisprudencial com a qual o juiz constitucional espanhol, iniciando com o tema de que lhe pertence a competência de verificar a constitucionalidade das normas internas de execução do direito europeu, conseguiu transformar a obrigação de interpretação conforme estabelecida pela jurisprudência do Luxemburgo. De acordo com a interpretação seguida pelo juiz, para evitar declarar a inconstitucionalidade da disposição com a qual se executava a Decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu, é necessário interpretar a norma europeia em sentido conforme com a Constituição nacional. Pois bem, ainda que a sentença tenha sido rapidamente desmentida pelos juízes espanhóis e, na realidade, essa sentença não tenha (apenas por razões circunstanciais) representado um incumprimento comunitário, o clamor que produziu é evidente: se na doutrina do Tribunal de Justiça o direito nacional é que se interpreta com base no Direito europeu, na doutrina do Tribunal Constitucional o direito europeu é que se interpreta com base no direito nacional.

É o momento de assinalar que a ideia de uma margem de controle interno sobre as normas de execução do Direito europeu não foi aceita pelo Tribunal de Justiça, que, pelo contrário, sustentou que, para evitar aplicações não homogêneas do Direito europeu, um controle desse tipo se deveria considerar como uma das suas competências exclusivas.

5 O PAPEL CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E O REENVIO PREJUDICIAL PROMOVIDO PELOS JUÍZES CONSTITUCIONAIS COMO CONDIÇÃO PARA A UNIFORMIDADE DO SISTEMA EUROPEU

A análise levada a cabo deveria ser suficiente para podermos dar conta de que as relações entre os ordenamentos nacionais e o ordenamento europeu, além da aparente submissão, estão em vias de desenvolvimento. Segundo o que observámos, paralelamente à transcrição dos tratados, as consultas europeias encaminharam um processo de redefinição dos equilíbrios logrados.

Se o analisarmos detalhadamente, uma tal situação não tem que surpreender, pelo contrário, é perfeitamente compreensível. De fato, uma vez que o ordenamento europeu se estendeu até âmbitos considerados constitucionalmente sensíveis, é bastante normal que se assista a uma redefinição dos equilíbrios anteriormente logrados. Além disso, à luz do déficit de constitucionalidade que caracteriza alguns precedentes judiciais problemáticos da jurisprudência luxemburguesa, a possibilidade de que o Tribunal de Justiça possa emitir sentenças sobre questões que têm a ver com o tema dos direitos não pode deixar de criar dificuldades. Por isso, não surpreende que as instituições estatais (e, em primeiro lugar, os juízes constitucionais) tenham aproveitado as margens abertas da cláusula de salvaguarda das identidades constitucionais para elaborar técnicas de “proteção” das normas e princípios tutelados pelas Constituições nacionais.

No entanto, não podemos deixar de assinalar os limites a esse tipo de solução. A partir do momento em que se procura salvaguardar a questão nacional em prejuízo da questão supranacional, abre-se uma brecha na ideia de aplicação uniforme do direito da União Europeia e criam-se as condições necessárias para encontrar perigosas vias de fuga à doutrina da *primauté*. Por outro lado, tal risco adquire uma dimensão real se se considerar o fato de que, como acabámos de ver, os Tribunais nacionais aplicaram já a cláusula sobre salvaguarda da identidade constitucional e, portanto, infringiram o tabu dos contralimites.

À espera de que uma (muito esperada, mas improvável) modificação do quadro normativo de referência possa reduzir as incertezas e, de maneira definitiva, clarificar as relações entre os ordenamentos, no atual momento, para evitar que a salvaguarda da dimensão constitucional nacional se traduza em uma ameaça a um dos princípios fundamentais sobre os quais se fundamenta a integração europeia, só se pode contar com o princípio da colaboração leal entre as instituições. Na realidade, é de vital importância que os vários Tribunais nacionais, por intermédio de um meio efetivo como é o reenvio prejudicial, exponham as suas razões e acossem o Tribunal de Justiça europeu para que este assuma a sua função constitucional, que foi fortalecida pela Carta de Direitos Fundamentais e que, de acordo com o demonstrado pelos juízes do Luxemburgo, pode cumprir dignamente.