



Fausto de Quadros

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da ULisboa, Cátedra Europeia Jean Monnet em Direito Constitucional Europeu

Os tribunais constitucionais nacionais e a integração europeia: algumas reflexões sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão

O acórdão do TC alemão viola de várias formas o Direito da União Europeia e, pior ainda, deixa nuvens cinzentas nas suas relações com o Tribunal de Justiça da UE, podendo contaminar outros tribunais.

28 mai 2020, 00:07

1 O recente Acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão – abreviadamente, TCA) do passado dia 5 de Maio trouxe para o debate questões da maior importância para a compreensão da integração europeia e das suas relações com as Constituições dos Estados membros. Essas questões não podem ser vistas como sendo de interesse apenas para pessoas com formação jurídica embora também não possam ser encaradas somente à luz de critérios políticos ou ideológicos. Apesar da sua tecnicidade elas precisam de ser conhecidas pela opinião pública em geral para que ela possa compreender o que está em causa quando um Estado adere e participa na União Europeia. É este o intuito destas linhas.

2 Sabemos todos que a entrada e a participação de um Estado na União Europeia implica para ele limitações à sua soberania, tal como esta é classicamente entendida. Esse fenómeno encontra-se na essência da integração e constitui o

principal marco distintivo da União quando comparada com tantas outras organizações internacionais criadas logo a seguir à Segunda Grande Guerra, como por exemplo, as Nações Unidas. Logo quando do Plano Schuman, em 1950, não foi escondido aos Estados a quem ele se destinou, e aos seus cidadãos, que a integração europeia, no modo como ela estava a ser desenhada, implicaria a existência de um poder supranacional em relação aos Estados, que, portanto, viria a trazer limitações à soberania destes, na forma como esta era concebida em termos tradicionais. Mostrámos isso há dias quando [aqui, no “Observador” de 9 de Maio](#), escrevemos sobre os 70 anos do Plano Schuman. Logo no início da integração, esse fenómeno, situado no centro da problemática geral dos fundamentos da integração europeia, foi explicado de forma lapidar, e, ao mesmo tempo, muito acessível, por um grande nome de entre os fundadores do Direito da União Europeia: o Professor luxemburguês Pierre Pescatore, que foi um dos maiores Juízes do Tribunal de Justiça da União Europeia. No seu livro *Le droit de l'intégration*, publicado em 1972 e reeditado em 2005, ele emprega, para referir o fenómeno que em cima explicámos, a expressão “reestruturação das soberanias” (Bruxelas, Bruylant, 2005). Juristas, cultores da Ciência Política, políticos, diplomatas e todos aqueles que gostam de pensar sobre estas matérias, devem ler esse livro, que conserva plena atualidade. Alguns traços ilustram, a título de exemplo, a existência e o âmbito do poder supranacional da União, ao qual nos referimos: o primado do Direito da União sobre os Direitos dos Estados membros (hoje inscrito em Declaração anexa ao Tratado de Lisboa), o poder da Comissão de aplicar sanções aos Estados e às suas empresas por violação, por exemplo, das regras de Concorrência, o poder do Conselho de aplicar sanções aos Estados no âmbito do artigo 7º do Tratado da União Europeia (TUE) pela violação grave e persistente dos valores enunciados no artigo 2º do TUE, particularmente, dos direitos fundamentais, as limitações trazidas à competência judiciária e penal dos Estados no quadro do espaço de liberdade, segurança e justiça ao nível da União, a força executória das sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), análoga à das sentenças dos tribunais estaduais, e, por fim, até porque o assunto foi há pouco tempo mal tratado em Portugal, o poder do TJ de anular o ato do Governo de um Estado da Zona Euro que exonere o Governador do seu Banco Central se não se verificarem as circunstâncias, de muito difícil concretização, previstas no artigo 14º, nº 2, parágrafo 2, do Protocolo de 1992 relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) e do Banco Central Europeu (BCE), anexo ao Tratado de Lisboa.

A participação de um Estado na União Europeia traz para ele limitações à sua soberania que estão cobertas e legitimadas pela respetiva Constituição. Assim acontece também com Portugal

3 Como é óbvio, os Estados sentiram-se na necessidade, quando aderiram às Comunidades ou à União, e exatamente porque estavam de boa fé ao entrarem para o processo de integração, de dar cobertura e legitimação a essas limitações de soberania, inserindo para o efeito, nas respetivas Constituições, as chamadas “cláusulas europeias”, ou seja, cláusulas de aceitação, em condições específicas de índole formal e substancial, das limitações de soberania decorrentes da participação no processo de integração europeia. Essas cláusulas tinham por fim evitar, logo para começar, a recusa da aprovação pelos Parlamentos nacionais dos Tratados de adesão do respetivo Estado e, depois, dos Tratados de revisão que sucessivamente a União ia celebrando com vista ao aprofundamento da integração e que vieram trazer progressivas limitações à sua soberania, nalguns casos, limitações profundas, como, por exemplo, aconteceu quanto às competências que passaram a ser exclusivas da União, e que depois do Tratado de Lisboa se encontram elencadas no artigo 3º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Curiosamente, uma das mais modelares “cláusulas europeias” consta da Lei Fundamental de Bona de 1949 (a Constituição alemã), que diz tudo com a maior simplicidade: o Estado alemão “pode, mediante Lei do Parlamento, transferir poderes soberanos para organizações internacionais” (com as explicações de pormenor dadas, devido à estrutura federal do Estado alemão, no artigo 23º, nºs 1 a 3). Na Constituição portuguesa esta matéria foi fruto de incoerências ideológicas e de deficiências técnicas, acabando por se ter desnecessariamente três preceitos sobre a mesma matéria, que com dificuldade se podem interpretar de modo coerente entre si: o artigo 8º, nº 3, incluído na revisão de 1982 e modificado na revisão de 1989, o artigo 7º, nº 6, incluído na revisão de 1992 e modificado na revisão de 2001, e o artigo 8º, nº 4, introduzido na revisão de 2004. Note-se que, nas revisões de 1997 e 2001, a Comissão Eventual de Revisão Constitucional, com a colaboração de académicos que ouviu para o efeito, tentou que houvesse um só artigo, claro e enxuto, sobre a matéria, mas não se passou de uma boa intenção, que, todavia, ficou descrita para a História nas Actas da Comissão. De qualquer modo, esses preceitos têm permitido até agora que a vinculação de Portugal aos Tratados da União não tenha sido posta em causa em termos da sua conformidade com a Constituição.

4 Como se imagina, os principais guardiões da conformidade da participação dos Estados da União com as respetivas Constituições e, portanto, do respeito pelos limites da soberania dos Estados na relação entre esta e a integração, têm sido e são os respetivos tribunais constitucionais. Desde já se diga que o diálogo jurídico-político entre os tribunais constitucionais nacionais e o TJ tem sido muitíssimo útil e enriquecedor tanto para o Direito Constitucional como para o Direito da União Europeia e, ao mesmo tempo, para a colaboração entre as Constituições nacionais e o Direito da União, ao mesmo tempo que ele tem sido

fascinante para a abertura de novos e ambiciosos horizontes para o futuro do Direito, da Ciência Jurídica e da Ciência Política. Os tribunais constitucionais mais ativos nessa colaboração têm sido o Tribunal alemão e o Tribunal Italiano.

Logo no início da integração, quando foi preciso deixar claro que a integração, que então era meramente económica, não podia prescindir do respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, o TJ contou com a colaboração, nessa mesma linha de pensamento, da jurisprudência daqueles dois Tribunais. E quando o TJ começou a criar, através da sua jurisprudência, o primado do Direito da União Europeia, isto é, a prevalência da norma da União sobre a norma dos Estados que com ela conflituasse, esses dois Tribunais depressa aderiram a essa construção, ressaltando sempre que esse primado não pusesse em causa a proteção dos direitos fundamentais, sempre que a norma nacional protegesse melhor um direito fundamental do que a norma da União que com ela estivesse em confronto. Os especialistas em Direito Europeu recordam-se do elevado contributo que, para a dogmatização do Direito Europeu e para as relações entre a soberania estadual e a integração europeia, foi dada ao longo dos tempos pelos Acórdãos dos dois Tribunais nos casos *Solange I*, *Maastricht* e *Lisboa* (o Tribunal Constitucional federal alemão), e *Frontini* e *Granital* (o Tribunal Constitucional italiano), que o leitor encontra facilmente na Internet.

Só o Tribunal de Justiça da União Europeia pode declarar inválidas decisões do Banco Central Europeu tomadas no quadro da crise de 2011-2015. Portanto, o Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão que declarou inválidas essas Decisões é ilegal porque violou os Tratados europeus.

Portanto, como alguém que há muitas décadas lida com o Direito Público alemão e com o de Direito da União Europeia, quero começar por exprimir o meu grande apreço pelo contributo, sempre de elevada qualidade e profundidade, que o TCA deu para o progresso da integração europeia, através da densa interação que ele propiciou entre o Direito alemão e o Direito da União e, por via disso, para uma melhor elaboração do sistema jurídico da União Europeia, da qual beneficiaram tanto a União como todos os Estados membros e os respetivos cidadãos.

5 Isto não invalida que se tenha de dizer que desta vez o TCA não foi feliz. De facto, o seu Acórdão de 5 de Maio, no caso *Heinrich Weiss e outros*, que está em apreço aqui, viola de várias formas o Direito da União Europeia, através dos Tratados em que este se funda, e, pior do que isso, deixa muitas nuvens cinzentas no horizonte do futuro imediato das relações entre os dois tribunais,

que pode contaminar as relações entre tribunais de outros Estados e o TJ, e, dessa forma, causar sérios danos à componente jurídica da integração e, por via disso, ao próprio processo global da integração.

O primeiro vício do Acórdão refere-se ao comportamento do TCA ao lançar mão do artigo 267º do TFUE, isto é, ao suscitar perante o TJ uma questão prejudicial (melhor dito, um feixe de questões), neste caso para apreciação, a título prejudicial, da validade, no sentido de legalidade, de duas Decisões do Banco Central Europeu (BCE) sobre a compra de ativos do sector público. O processo nasceu numa *Verfassungsbeschwerde*, segundo a Constituição alemã (queixa constitucional, em português, mas traduzida, para a versão oficial do Acórdão em português, para recurso de fiscalização de constitucionalidade), dirigida ao TCA, que depois suscitou a referida questão prejudicial junto do TJ. A questão foi colocada ao TJ de forma pouco cooperante e muito vigorosa (como já acontecera no caso anterior análogo, *Gauweiler*). O TJ respondeu com igual firmeza, mas considerando válidas as decisões do BCE de cuja validade o TCA duvidava. A fundamentação do Acórdão do TJ, que é de 11 de Dezembro de 2018, está sólida do ponto de vista jurídico mas talvez pudesse ter sido mais explicativa. Portanto, encontramos tanto no pedido prejudicial do TCA como no Acórdão prejudicial do TJ um ambiente de crispação entre os dois Tribunais que não ajudou a esclarecer a questão jurídica controvertida. De qualquer modo, e é isso que no fundo interessa, as conclusões do Acórdão são claras e o TJ tem razão no que decidiu. Agora, ao proferir sobre a questão de fundo o Acórdão em apreço, de 5 de Maio, o TCA diz que não vai respeitar o Acórdão do TJ. Com isso, o TCA está a cometer, de uma só vez, duas infrações ao Direito da União Europeia: a primeira, é não seguir o Acórdão prejudicial do TJ. De facto, faz parte da repartição de competências entre a União e os Estados membros e, por aí, da autonomia do Direito da União Europeia em relação aos sistemas jurídicos dos Estados membros (que constitui uma característica essencial deste Direito), que só o TJ, nunca os tribunais nacionais, têm o poder de decidir sobre a validade dos atos dos órgãos, das instituições e dos organismos da União. É um monopólio que os Tratados reservaram ao TJ como forma de ele assegurar a unidade, a integridade e a uniformidade do Direito da União bem como a sua aplicação igual a todos os Estados e a todos os cidadãos europeus. É, portanto, uma exigência dos princípios do Estado de Direito e da Democracia. Foi o que o TJ fez neste caso, não podendo, portanto, o TCA pôr agora em causa a validade das referidas decisões do BCE. Portanto, os Acórdãos proferidos pelo TJ à sombra do referido artigo 267º são obrigatórios para os Estados, por conseguinte também para todos os seus tribunais, incluindo, portanto, os tribunais constitucionais. Por isso, o TCA não tinha outro caminho que não fosse

o de dar cumprimento àquele Acórdão do TJ, o que significava, no caso vertente, aceitar a validade das Decisões do BCE, que o TJ decretara.

Mas quanto ao Acórdão prejudicial do TJ houve ainda uma outra infração do Direito da União da parte do TCA. É que ao não aceitar o juízo do TJ sobre a validade das Decisões do BCE o TCA violou o primado do Direito da União Europeia sobre o Direito nacional, neste caso, o Direito alemão. Ora, o primado do Direito da União sobre os Direitos estaduais, como acima se explicou, foi criado e desenvolvido ao longo de décadas pela jurisprudência do TJ, com a colaboração dos tribunais constitucionais e das Constituições dos Estados membros, inclusive da Alemanha, e está hoje aceite pelos Tratados, já o dissemos.

O segundo vício do Acórdão do TCA é o de ele ter decidido *ultra vires*, isto é, em matéria em que não tinha competência por força da separação de atribuições entre a União e os Estados membros, neste caso, o Estado alemão. De facto, as Decisões em causa do BCE integram-se no âmbito da União Monetária. Ora, acontece que os Estados transferiram livremente para a competência exclusiva da União tudo o que diz respeito à “Política monetária para os Estados membros cuja moeda seja o euro”. Di-lo, desta forma clara, o artigo 3º, nº 1, do TFUE, na sua alínea c). Curiosamente, a Alemanha foi a grande defensora de que ficasse definida nos Tratados a separação das atribuições entre a União e os Estados membros, e que, em consequência, fosse no Tratado de Lisboa atribuída competência exclusiva à União em algumas matérias e que, dentro delas, se incluísse a União Monetária.

O terceiro vício, não menos grave do que os anteriores, é o resultante da notificação que no Acórdão o TCA dirige ao Governo federal alemão e ao Bundestag (Câmara Baixa do Parlamento) para que estes consigam que o BCE atue com “proporcionalidade”, querendo com isto dizer que eles devem conseguir que o BCE “passe a atuar em conformidade com o Tratado”, que ele entende que o BCE violou porque, em seu entender, infringiu o artigo 123º do TFUE. Esse pedido do TCA é inaceitável em face dos Tratados. Primeiro, e dizemo-lo outra vez, o BCE, como elemento componente do SEBC (artº 1º do Protocolo sobre o SEBC), tem por atribuição a “definição e execução da política monetária da União” (artº 3º, nº 3.1., 1º travessão do mesmo Protocolo). Ora, essa política é exclusiva da União, como acima se demonstrou, pelo que nem o Governo, nem o Bundestag, podem interferir no seu exercício pelo BCE. Trata-se de mais uma exigência da Democracia e do Estado de Direito. Depois, por força do artigo 282º, nº 3, do TFUE, o BCE é independente no exercício dos poderes que os Tratados lhe atribuem, comprometendo-se os órgãos e as instituições da

União, assim como os Governos dos Estados membros, a respeitar essa independência. O TCA, não apenas não respeita esse preceito como agrava a situação dando um prazo de três meses para o BCE responder. Este pedido não pode ser visto senão como uma intimação, uma injunção, ao BCE, como já foi reconhecido por qualificada doutrina alemã. O TCA agrava dessa forma a sua relação com o BCE. A hipótese, admitida por alguns, com sentido construtivo, de o BCE, para satisfazer ainda que parcialmente o pedido do TCA, vir agora substituir as suas Decisões por uma nova Decisão que contivesse uma fundamentação que explicasse melhor as Decisões anteriores, parece que, neste quadro de ostensivo e acintoso desrespeito pela independência do Banco, será muito dificilmente atendível por este. O TCA foi aqui demasiado longe e não deixou margem de recuo ao BCE.

A Comissão já ameaçou a Alemanha com um processo por incumprimento por não respeitar o Acórdão do TJ que declarou válidas as decisões do BCE.

6 Estes são os principais e mais graves, mas não os únicos, vícios do Acórdão do TCA. Ele envolve muitos e sérios riscos. Sobretudo o risco de enfraquecer alguns dos pilares fundamentais sobre os quais tem evoluído, no quadro da Democracia, o sistema jurídico da União Europeia, e para os quais, ironicamente, o TCA deu ao longo de uma história de 70 anos um grande contributo: os pilares do Estado de Direito na União, da autonomia do Direito da União em relação aos Direitos nacionais dos Estados membros, do primado do Direito da União sobre os Direitos estaduais e da autoridade do TJ como órgão jurisdicional da União e aglutinador, à sua volta, da unidade e da uniformidade do sistema jurídico da União, detendo para o efeito, repete-se, o exclusivo de ser o único juiz da validade dos atos dos órgãos e das instituições da União, inclusive do BCE. Tudo isso é muito preocupante e pode causar graves danos ao processo da integração europeia. Esses danos podem agravar-se se, o que não se pode excluir, o TCA estender o raciocínio sobre as referidas Decisões do BCE às Decisões que este terá que tomar em breve no quadro do combate à pandemia, o que porá em causa a estratégia financeira da União perante a atual crise. Portugal seria um dos prejudicados com esse comportamento. Por outro lado, existe também o risco de tribunais de outros Estados virem a seguir, de modo mais ou menos confessado, o raciocínio do TCA, o que já foi admitido por tribunais da Hungria e da Polónia, embora porventura de forma não coincidente. Tudo isso explica que o Acórdão tenha sido recebido com reservas e preocupações na própria Alemanha por especialistas, inclusive por antigos Juizes do TCA, alguns dos quais são grandes nomes da doutrina do Direito Constitucional do último meio século. E isso explica também que só uma força política se tenha manifestado feliz com o Acórdão: a Alternative für Deutschland

(AfD). Recorde-se que a AfD é um partido extremista anti-europeu, anti-emigração e, em parte, anti-sistema. Nasceu num grupo de economistas em grande parte da extrema-esquerda, dissidentes do SPD e do Linke, mas depois passou a adotar posições próximas de alguns partidos europeus da extrema-direita. Tem obtido resultados eleitorais que têm vindo a causar natural preocupação na opinião pública alemã e europeia.

7 Mas o Acórdão também deixa importantes notas positivas para o futuro. Temos que nos habituar à ideia de que em tudo na vida se aprende com os erros.

A primeira nota positiva refere-se ao comportamento exemplar da Presidente da Comissão e da Chanceler alemã. A primeira reagiu de imediato ao Acórdão com a promessa da instauração de um processo por incumprimento contra o Estado alemão (da qual é nacional) caso o Acórdão do TCA se consuma e dessa forma ele concretize a violação do primado do Direito da União. Com isso, ela pretendeu, no imediato, deixar claro duas coisas: primeiro, que o Estado alemão pode ser levado ao TJ por não respeitar o Acórdão prejudicial do TJ e que, se ele for condenado no incumprimento e não cumprir esse novo Acórdão que o condene, pode sofrer as sanções previstas no artigo 260º do TFUE para o não cumprimento desse segundo Acórdão; depois, ela pretendeu, ao mesmo tempo, dissuadir tribunais de outros Estados de enveredarem por uma atitude ilegal análoga à do TCA. Ela mostrou que a Alemanha tem de ser tratada em pé de igualdade com outros Estados que não respeitam o Direito da União. Aliás, não seria a primeira vez que a Alemanha seria processada por violação dos Tratados. Não há dúvida de que Ursula von der Leyen está a ter um muito promissor início de mandato não obstante os meses difíceis que a União está a passar. Quanto a Merkel, será porventura a primeira vez que, num assunto de tão magna importância e relevância política à sombra da Lei Fundamental de Bona de 1949 (a Constituição alemã), a Chefe do Governo da Alemanha não esconde em público, ainda que de forma diplomática, a sua discordância em relação ao muito respeitado Tribunal Constitucional Federal.

A segunda nota positiva é a de que os dois Tribunais têm de fazer tudo para ver este acidente, ainda que grave, como apenas um acidente de percurso. Por isso, têm de depressa regressar, na base do diálogo e do respeito mútuo, à “cooperação judiciária”, expressão que há décadas refere a relação entre os tribunais nacionais e o TJ no quadro da aplicação uniforme do Direito da União Europeia à escala da União. Essa cooperação judiciária constitui um corolário da “cooperação leal” que o artigo 4º, nº 3, do TUE, exige entre a União e os Estados. Boas relações entre o Direito alemão e o Direito da União e, portanto, entre o TCA e o TJ, são imprescindíveis para o futuro da integração jurídica e, por essa

via, para o futuro da integração económica e política europeia. Essa solução passa necessariamente pelo compromisso, dos dois, com o Estado de Direito na União, ou seja, com uma União de Direito. Para se chegar a essa solução a mediação de um terceiro talvez seja uma boa solução, embora não seja fácil descobrir como é que esse terceiro deve ser encontrado. Pode servir de inspiração a solução descoberta em 2008, quando o TCA teve dúvidas acerca de algumas cláusulas aceites pela Diplomacia alemã para o Tratado de Lisboa e que ameaçavam a aprovação do Tratado pelo Bundestag. A solução encontrada por acordo entre o Governo e o Parlamento foi a de se solicitar a um renomado Professor de Direito Público da Universidade de Berlim que os ajudasse a descobrir uma solução de compromisso que fosse aceite pelo TCA. Assim aconteceu e o TCA proferiu um Acórdão que declarou o Tratado de Lisboa de acordo com a Lei Fundamental de Bona: a célebre “*Lissabon-Urteil*” (ou seja, o “*Acórdão Lisboa*”). Dessa forma a Alemanha pôde ratificar o Tratado de Lisboa.

A terceira nota positiva chama a atenção para a necessidade de se reforçar a complementariedade e a harmonia entre aquilo que é muito caro para o TCA como sendo a “identidade constitucional” (“*Verfassungsideutität*”) da Lei Fundamental de Bona e a “Constituição material” (na expressão do TJ) da União, composta pelos valores do artigo 2º do TUE, sobretudo pelos princípios do Estado de Direito e da Democracia, somados à autonomia e ao primado do Direito da União sobre os Direitos nacionais e à independência do SEBC, sobretudo do BCE. Não será preciso para isso rever os Tratados nem se crê que isso seja possível neste momento de crise. Mas será preciso aprofundar a política monetária, orçamental e financeira da União, no quadro da reforma geral, muito mais urgente, do Euro.

O eixo franco-alemão, ao qual a Europa tanto deve, ressuscitou com a dupla Merkel-Macron.

8 Ao longo da sua História a Europa tem sabido progredir em momentos de crise. Este episódio entre o TCA e o TJ, que, sendo grave, convém não sobrestimar, aliado à necessidade de se encontrar posições de consenso no combate eficaz à pandemia e às suas diversas consequências sobretudo no plano económico, financeiro e social, deverá contribuir para dar um novo impulso à integração. A recente proposta de Macron e Merkel sobre a recuperação económica da Europa no quadro da pandemia aí está para o provar. Afinal o eixo franco-alemão, ao qual a Europa tanto deve, continua vivo e funciona. Hoje sem De Gaulle e Adenauer, e sem Kohl e Mitterand, mas com Merkel e Macron. Seria bom para a Europa que esta dupla continuasse. Pelo que se viu ontem, dia 27, a Comissão mostra querer, de forma construtiva, aproveitar muito do que a

proposta Merkel-Macron contém. Será agora importante que todos os Estados, com base naquela proposta e com os contributos que a Comissão lhe acrescenta, sejam capazes de se entender, na base de concessões recíprocas e solidárias, sobre o aprofundamento da integração orçamental, financeira e monetária de que a Europa anda a carecer muito urgentemente, como, repetimos, este incidente entre o TCA e o TJ bem mostrou. E as próximas semanas até à reunião do Conselho Europeu, de Junho, vão representar um bom teste à firmeza das convicções dos Estados nesta matéria, de todos eles, sejam do norte, do centro, do leste ou do sul.