

## ACÓRDÃO N.º 422/2020

Processo n.º 528/2017

Plenário

Relator: Conselheiro José António Teles Pereira

Acordam em Plenário no Tribunal Constitucional

I – A Causa

1. Correu termos nas (então designadas) Varas Cíveis de Lisboa, uma ação declarativa sob a forma ordinária, com o n.º 18/11.8TVPRT, movida por A., Lda. (cuja designação foi alterada, já no decurso da ação, para A1, Lda., sendo esta a ora recorrente) contra o Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I. P. (doravante, IFAP) e o Banco B. (doravante, B.). Pediu a ali autora, no que interessa ao presente recurso, a declaração de que o objeto de certa garantia bancária por ela prestada relativamente ao financiamento pelo IFAP (no montante de €233.255,68) de uma operação de exportação de vinhos para Angola, já se encontrava extinto (ou esgotado) à data desse acionamento, bem como a consequente declaração da ilegalidade e caráter abusivo do procedimento adotado pelo recorrido IFAP.

Tal financiamento ocorreu no quadro da previsão, no Direito da União Europeia (doravante, DUE) – em Regulamentos comunitários –, do que aí recebe a designação de “restituições à exportação”, correspondendo à atribuição a um exportador para países terceiros (num quadro intencional de incentivo à exportação de produtos agrícolas do mercado interno para fora do espaço da União Europeia) de um valor cobrindo a diferença (para menos) entre o preço dos produtos no comércio internacional e o preço desses mesmos produtos no mercado comunitário. Trata-se, pois, em linguagem comum, da atribuição de subsídios à exportação. Neste quadro, a prestação de uma garantia constitui, por sua vez, requisito da antecipação ao beneficiário do valor da “restituição”: esta pode ser – como aqui sucedeu – adiantada, relativamente à operação de exportação (o que obriga à prestação de garantia), ou ser entregue a final, concluído o processo de exportação. Em qualquer caso, o direito ao recebimento das restituições é condicionado à circunstância de serem os produtos objeto da exportação apoiada de “qualidade sã, leal e comerciável”.

1.1. O B. contestou e deduziu reconvenção, pedindo a condenação da autora no pagamento do valor da garantia que honrou junto do IFAP. Este Instituto, por sua vez, pugnou pela improcedência do pedido.

1.1.1. Em primeira instância, foi proferida sentença julgando a ação improcedente (considerando regularmente acionada a garantia pelo IFAP) e procedente o pedido reconvenicional

do B..

1.2. Inconformada, apelou a autora para o Tribunal da Relação de Lisboa, discutindo em tal impugnação qual o momento em que deve entender-se verificado com caráter definitivo o direito à concessão do montante adiantado a título de restituição à exportação (*i.e.*, a partir de que momento a garantia bancária prestada deve ser considerada *liberada*, deixando a mesma de poder ser acionada), fazendo constar das conclusões das alegações apresentadas, designadamente, o seguinte:

“[...]”

*I. Nos presentes autos está em causa a aplicação dos artigos 4.º, n.º 1, do Regulamento 3665/87 e do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, mormente a questão de saber se na situação em apreço se verificou o direito à concessão definitiva do montante adiantado a título de restituição à exportação, nos termos dos citados preceitos.*

*II. No processo n.º 2848/10.9TVLSB.L1-2, entre a ora Recorrente e o Recorrido IFAP, está a ser discutida questão em tudo semelhante à que se coloca nos presentes autos, tendo este Venerando Tribunal, em acórdão proferido em 17/01/2013, ordenado o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia para que este se pronuncie sobre ‘a interpretação dos artigos 4.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, e 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, na perspetiva da ‘liberação’ da garantia prestada nos quadros do artigo 22.º, n.º 1, do primeiro dos citados Regulamentos.’*

*III. Sucede que, ressalvado o devido respeito, a Recorrente entende que, para além das questões já colocadas perante o TJUE e tendo em conta a latitude da terceira pergunta formulada ao TJUE no âmbito daquele processo – ‘inexistência do direito do Estado, por qualquer outra razão’, por forma a tornar inequívoco em que momento se torna definitiva a restituição à exportação paga antecipadamente, nos termos do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, se impõe a este Venerando Tribunal que, suspenda os presentes autos e efetue o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, formulando-se a seguinte pergunta:*

*‘Verificando-se que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da comunidade no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, e que o exportador fez prova do desalfandegamento e introdução desses produtos no país terceiro importador, considera-se estabelecido o direito à concessão definitiva do montante adiantado, nos termos previstos no artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85?’*

[...]

*XXXVI. Importa não perder de vista a distinção que tem de estabelecer-se entre os pagamentos antecipados de restituições à exportação e os pagamentos normais de restituições à exportação, sendo certo que nos primeiros a restituição é paga antes de a exportação ter efetivamente ocorrido, isto é antes de os produtos terem chegado ao país de destino e nos segundos a restituição/ajuda é paga depois de o interessado comprovar que os produtos exportados já o foram efetivamente, isto é, já deram entrada no país de destino.*

*XXXVII. Se a restituição tivesse sido paga pelo regime ‘normal’ (não adiantadamente), a decisão de revogação do IFAP seria a mesma, só que nesta situação o IFAP não disporia na sua posse de nenhuma garantia bancária que indevidamente não liberou – porquanto nestes casos o regime legal aplicável às restituições não prevê que o interessado preste qualquer garantia bancária.*

*XXXVIII. Do regime dos pedidos de pagamento antecipados das restituições à exportação decorre que com a prova do desalfandegamento da mercadoria no país de destino a restituição/ajuda se torna numa ‘concessão definitiva’, em tudo idêntica aos pagamentos das restituições à exportação ‘normais’.*

*XXXIX. Tendo a garantia bancária em apreço sido prestada para caucionar um pagamento de uma restituição/ajuda à exportação antecipada, o IFAP [...] não podia acionar a mesma para o obter a devolução da quantia paga a título de restituição à exportação definitiva, na sequência de um ato administrativo que revogou a atribuição desta restituição à Recorrente.*

[...]

XLIII. *Aceitar que as garantias bancárias prestadas, única e exclusivamente, para garantir tais pagamentos antecipados sejam utilizadas para sancionar irregularidades verificadas posteriormente à aquisição do direito à restituição e que possam eventualmente originar a obrigação do exportador devolver essas restituições, como faz implicitamente a sentença recorrida, é desvirtuar por completo o regime dos adiantamentos das restituições às exportações.*

XLIV. *Esse entendimento é ainda atentatório do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição, na medida em que aceitar a tese sufragada pelo tribunal a quo implica tratar de modo diferente e mais gravoso os exportadores que recorreram a restituições antecipadas, dos que seguiram o regime geral das restituições, perante o mesmo enquadramento legal.*

XLV. *A interpretação do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento 3665/87 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 19.º Regulamento (CEE) n.º 2220/85, no sentido de que o pagamento adiantado da restituição à exportação não se torna definitivo após a efetivação da exportação, com a prova do desalfandegamento da mercadoria, seria, pois, inconstitucional por violação do artigo 13.º da Constituição.*

[...]” (sublinhados acrescentados).

**1.2.1.** No Tribunal da Relação de Lisboa, foi proferido Acórdão, datado de 25/11/2014 (fls. 499/512), no qual se decidiu: **(a)** não determinar no presente processo o reenvio prejudicial requerido pela Autora (v. a conclusão III transcrita no item anterior); e (mas) **(b)** suspender a instância, até ser proferida decisão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia [“[o] *Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados* [...]” (artigo 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia), doravante a referência à sigla TJUE identificará, em diversos contextos temporais, o órgão jurisdicional hoje designado (após o Tratado de Lisboa) *Tribunal de Justiça*], no âmbito do processo n.º 2848/10.9TVLSB.L1 (v. a conclusão II transcrita no item anterior).

**1.2.2.** Em 11/12/2014, o TJUE proferiu a decisão dando resposta ao pedido de pronúncia a que se referia o reenvio prejudicial no mencionado processo n.º 2848/10.9TVLSB.L1 [correspondeu tal decisão ao Acórdão *A., Lda. c. Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP (IFAP)*, e outro, estando este disponível em <http://curia.europa.eu>, processo n.º C-128/13, através da referência ECLI EU:C:2014:2432, cfr. fls. 532/543 do presente processo], declarando que “[a] artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, que fixa as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, conforme [foi] alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3403/93 da Comissão, de 10 de dezembro de 1993, deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador, se os outros requisitos para a concessão da restituição, designadamente o requisito da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, que estabelece regras comuns de execução do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1829/94 da Comissão, de 26 de julho de 1994, não estiverem preenchidos” (sublinhado acrescentado).

Da fundamentação deste Acórdão do TJUE constam, designadamente, os seguintes considerandos:

“[...]”

26. [O] *Tribunal da Relação de Lisboa decidiu [...] submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:*

‘1) Deverá considerar-se extinta a garantia prestada em caso de pagamento antecipado da restituição, desde que se verifique que o exportador apresentou documentos relativos à aceitação da declaração de exportação, e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da [C]omunidade no prazo de 60 dias a contar de tal aceitação?’

2) E, por maioria de razão, tendo aquele, inclusive, feito prova do desalfandegamento de tais produtos no país terceiro importador?’

3) Ou, diversamente, será de entender que para além da verificação de tais requisitos, a liberação da garantia pressupõe a inexistência do direito do Estado, por qualquer outra razão – relacionada com irregularidades na exportação – à devolução da antecipada restituição?’

#### *Quanto às questões prejudiciais*

27. Através [de duas] questões, que cabe apreciar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/85 deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido se deve considerar extinta quando se verifique que o exportador apresentou documentos relativos à aceitação da declaração de exportação, a prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União no prazo de 60 dias a contar de tal aceitação e a prova do desalfandegamento desses produtos no país terceiro importador.

28. [I]mporta recordar que, nos termos do artigo 22.º do Regulamento n.º 3665/87, a pedido do exportador, os Estados-membros são obrigados a pagar antecipadamente a totalidade ou parte do montante da restituição, a partir do momento da aceitação da declaração de exportação, desde que seja constituída uma garantia.

29. No que diz respeito às condições em que essa garantia deve ser liberada, importa referir que o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/85, que consta do título IV, sob a epígrafe ‘Adiantamentos’, prevê que a garantia é liberada se tiver sido estabelecido o direito à concessão definitiva do montante adiantado.

30. Nas suas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça, a A. considera que o objeto da garantia constituída é assegurar que a exportação cuja restituição foi antecipadamente paga foi efetuada, que o produto chegou ao país de destino e entrou nesse mercado, nos prazos estabelecidos. Com base numa leitura conjugada dos artigos 4.º, n.º 1, e 18.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 3665/87, alega que a garantia deve ser liberada quando o exportador entrega o certificado de desalfandegamento, pois, a partir desse momento, o direito à restituição torna-se definitivo.

31. A este respeito, verifica-se que decorre da redação do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3665/87 que o pagamento da restituição fica subordinado à apresentação da prova de que os produtos para os quais foi aceite uma declaração de exportação deixaram, no mesmo estado, o território aduaneiro da União, o mais tardar no prazo de 60 dias a contar da data dessa aceitação.

32. Esta disposição não faz menção a um direito definitivo à concessão dessa restituição.

33. Conforme decorre do décimo sexto considerando do Regulamento n.º 3665/87, a garantia constituída nos termos do artigo 22.º deste regulamento destina-se a assegurar o reembolso do adiantamento no caso de se verificar posteriormente que a restituição não devia ser paga.

34. Neste contexto, refira-se que o artigo 13.º do referido regulamento prevê que não será concedida nenhuma restituição quando os produtos não sejam de ‘qualidade sã, leal e comerciável’ e, caso esses produtos se destinem à alimentação humana, quando a sua utilização para esse fim ficar excluída ou consideravelmente diminuída devido às suas características ou ao seu estado.

35. No que diz respeito à ‘qualidade sã, leal e comerciável’, importa observar, antes de mais, que o artigo 13.º do Regulamento n.º 3665/87 faz parte do capítulo I, que tem por epígrafe ‘Direito à restituição’, do título 2, que tem por epígrafe ‘Exportações para países terceiros’, desse regulamento, o que demonstra que a ‘qualidade sã, leal e comerciável’ do produto exportado é uma condição material exigida para a concessão das restituições (v. acórdão *Fleisch-Winter*, C-309/04, EU:C:2005:732, n.º 28).

36. Resulta também do referido artigo 13.º que os Estados-membros são obrigados a verificar se os produtos exportados para países terceiros são de qualidade sã, leal e comerciável (v., neste sentido, acórdão *Alemanha/Comissão*, C-54/95, EU:C:1999:11, n.º 49).

37. Nas observações escritas, o Governo português alega que, na sequência de uma ação de controlo das atividades da A., verificou-se que esse exportador não detinha os registos obrigatórios previstos na legislação específica.

38. *A este respeito, importa recordar que o artigo 71.º, n.º 2, do Regulamento n.º 822/87 prevê que as pessoas singulares ou coletivas ou agrupamento de pessoas que detenham produtos do setor vitivinícola, referidos no artigo 1.º do mesmo regulamento, para o exercício da sua profissão, nomeadamente os produtores, os engarrafadores, os transformadores, bem como os negociantes a determinar, têm a obrigação de manter registos que indiquem, em especial, as entradas e as saídas dos ditos produtos.*

39. *Além disso, resulta do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2238/93 que este aprova as normas de execução do artigo 71.º do Regulamento n.º 822/87 em matéria de documentos de acompanhamento dos produtos do setor vitivinícola.*

40. *Importa referir que, caso o exportador não cumpra a obrigação de manter registos nos termos dos Regulamentos n.ºs 822/87 e 2238/93, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, os Estados-membros estão privados da possibilidade de verificar se os produtos exportados para países terceiros são de qualidade sã, leal e comerciável nos termos do artigo 13.º do Regulamento n.º 3665/87 e, conseqüentemente, de se assegurarem do respeito das condições ligadas ao sistema de pagamento antecipado da restituição à exportação.*

41. *Decorre de jurisprudência constante que é o exportador quem tem de assumir as conseqüências do incumprimento das obrigações decorrentes do regime de pré-financiamento das restituições à exportação (v., no que se refere à interpretação do artigo 33.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 3665/87, acórdão Groupe Limagrain Holding, C-402/10, EU:C:2011:704, n.º 52).*

42. *Há que responder, portanto, às questões submetidas que o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/85 deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador, se os outros requisitos para a concessão da restituição, designadamente o requisito da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento n.º 3665/87, não estiverem preenchidos.*

[...].”

**1.2.3.** Ainda no âmbito do processo n.º 2848/10.9TVLSB.L1, a (ali também autora) A., Lda. requereu que o Tribunal da Relação de Lisboa solicitasse ao TJUE esclarecimentos adicionais quanto ao sentido do Acórdão de 11/12/2014, a saber: “[...] *se uma garantia bancária, prestada para a obtenção de um adiantamento das restituições à exportação, não responde pelo incumprimento de ‘outros requisitos’ que só veio a ser verificado através de ações de fiscalização ocorridas depois de a exportação se ter efetivado e ter já ocorrido o desalfandegamento das respetivas mercadorias*”; ou se, pelo contrário, “[...] *tal garantia responde pela falta de ‘outros requisitos’ que só vieram a ser verificados após tal desalfandegamento*”. O Tribunal da Relação de Lisboa, por Acórdão de 19/02/2015, decidiu solicitar tais esclarecimentos ao TJUE.

**1.2.4.** Em 23/10/2015, o Senhor Presidente da 10.ª Secção do TJUE proferiu despacho (que está disponível na seguinte localização: <http://curia.europa.eu>, processo n.º C-152/15, referência ECLI EU:C:2015:740), nos termos do artigo 99.º do respetivo Regulamento de Processo, respondendo ao pedido de esclarecimentos do Tribunal da Relação de Lisboa, no sentido de que “[o] *artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, que fixa as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3403/93 da Comissão, de 10 de dezembro de 1993, deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição recebido pode ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois de a exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, que estabelece regras comuns de execução do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1829/94 da Comissão, de 26 de julho de 1994.*” (sublinhado acrescentado). Da fundamentação desse esclarecimento consta, designadamente, o seguinte:

“[...]”

16. Como resulta dos n.ºs 35 e 36 do acórdão A. (C-128/13, EU:C:2014:2432), a qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados é uma condição material exigida para a concessão das restituições que os Estados-membros estão obrigados verificar. No n.º 42 desse acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que, em caso de incumprimento deste requisito, a garantia prestada pelo fornecedor para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador.

17. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça não aderiu, nos n.ºs 30 a 33 do acórdão A. (C-128/13, EU:C:2014:2432), à tese da recorrente no processo principal segundo a qual a garantia deve ser liberada quando o exportador entrega o certificado de desalfandegamento, pelo facto de, a partir desse momento, o direito à restituição se tornar definitivo. Salientou, por um lado, que a redação do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3665/87, segundo o qual o pagamento da restituição fica subordinado à apresentação da prova de que os produtos para os quais foi aceite uma declaração de exportação deixaram, no mesmo estado, o território aduaneiro da União, o mais tardar no prazo de 60 dias a contar da data dessa aceitação, não faz menção a um direito definitivo à concessão dessa restituição. Recordou, por outro lado, que, conforme decorre do décimo sexto considerando desse regulamento, a garantia constituída nos termos do artigo 22.º do referido regulamento se destina a assegurar o reembolso do adiantamento no caso de se verificar posteriormente que a restituição não devia ser paga.

18. Daqui resulta que, uma vez que a apresentação, pelo exportador, da prova do desalfandegamento não faz surgir um direito definitivo à concessão do montante da restituição adiantado e, por conseguinte, também não faz surgir um direito à liberação da garantia, as autoridades competentes não estão obrigadas, quando da sua verificação dos requisitos de concessão da restituição, a respeitar uma data-limite correspondente à data dessa apresentação e, assim, a fortiori, uma data-limite correspondente à data da exportação efetiva dos produtos em causa ou do seu desalfandegamento no país terceiro.

19. Em face do exposto, há que responder à questão submetida que o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/85 deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição recebido pode ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois de a exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento n.º 3665/87.

[...]” (sublinhado acrescentado).

**1.2.5.** Notificada, no âmbito do processo n.º 2848/10.9TVLSB.L1, do despacho do Senhor Presidente da 10.ª Secção do TJUE de 23/10/2015, a autora veio aos presentes autos pronunciar-se no sentido de o TJUE não ter esclarecido em que momento se deve considerar extinta uma garantia bancária prestada para assegurar o reembolso do adiantamento a uma restituição à exportação (cf. requerimento de fls. 588/593).

**1.2.6.** Foi proferido, então, em 28/06/2016, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão conhecendo do recurso interposto pela autora (*supra*, item 1.2.), pelo qual se decidiu confirmar o julgamento em primeira instância, modificando-o, tão-somente quanto à condenação em juros do pedido reconvençional, nos termos seguintes: “[...] condenar a Reconvinda a pagar ao Reconvinte juros de mora sobre a quantia de €233.255,68, vencidos desde a notificação para contestar o pedido reconvençional e vincendos até integral pagamento, no mais se confirmando a sentença recorrida”.

**1.3.** Ainda inconformada, a autora (entretanto, já designada A1, Lda.) interpôs recurso de revista excepcional e, subsidiariamente, recurso de revista (“normal”) do acórdão do Tribunal da Relação de

Lisboa de 28/06/2016 para o Supremo Tribunal de Justiça (doravante, STJ). Das conclusões do recurso consta, designadamente, o seguinte:

“[...]”

A) O Acórdão recorrido julgou a apelação improcedente, confirmando a sentença recorrida e fazendo constar no sumário: [o] artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, deve ser interpretado no sentido que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os seus produtos deixam o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país importador, se os outros requisitos para a concessão da restituição, não estiverem preenchidos’.

B) [No] Acórdão também se considera que tal interpretação acerca do regime da liberação da garantia não é atentatória do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, como foi invocado ab initio pela Recorrente, mais precisamente, nos artigos 91.º a 93.º da petição inicial apresentada e nas conclusões do recurso de apelação.

C) Esta questão apresenta um elevado grau de complexidade, com confluência de legislação nacional e europeia — o que se traduziu, aliás, no reenvio prejudicial para o TJUE e, ainda, no pedido de esclarecimentos sobre a pronúncia do mesmo.

D) A acrescer à complexidade da causa, a mesma reveste-se ainda de [natureza inédita] na jurisprudência portuguesa.

E) Finalmente, está em causa, na decisão recorrida, por força de uma determinada interpretação de certos preceitos legais, uma inconstitucionalidade.

[...]”

I) A questão da inconstitucionalidade invocada remete a relevância da questão em análise para lá das fronteiras do caso concreto e do demarcado interesse das partes [...].

J) O Acórdão recorrido, nomeadamente na interpretação assumida do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, viola o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

K) Na decisão recorrida, o Tribunal a quo concretiza e aplica a interpretação de que o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, que fixa as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3403/93 da Comissão, de 10 de dezembro de 1993, deve ser interpretado no sentido que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido, não se deve considerar extinta, podendo ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois da exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, que estabelece regras comuns de execução do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1829/94 da Comissão, de 26 de julho de 1994.

L) Em resultado de tal interpretação, o Tribunal a quo considera que a garantia prestada pela Recorrente não se extinguiu com o desalfandegamento em Angola da mercadoria por si exportada.

M) E não considera que o acionamento de tal garantia, pelo IFAP para cobrança do que lhe é devido e está coberto pela garantia prestada pelo exportador, será abusivo e violador das mais basilares regras da boa fé, nem que tal seja atentatório do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP, fundamentando que: ‘...os exportadores que optam pelo regime geral, e não pelo pagamento antecipado das ajudas à exportação, não são obrigados a prestar garantias e, por isso, são sujeitos a um controlo prévio, e não a posteriori, como sucedeu no caso [...], sendo certo que, tal como decidiu o TJUE, as autoridades não estão obrigadas, aquando da verificação dos requisitos de concessão da restituição, a respeitar uma data-limite correspondente a data da exportação efetiva dos produtos em causa ou do seu desalfandegamento’.

[...]”

P) E era esta entidade [o Instituto da Vinha e do Vinho (IVV)], após certificar que as análises e o controlo administrativo cumpriam os requisitos comunitários, despachava para pagamento a entidade responsável pelo mesmo, o IEAP (à data, INGA), pelo que, independentemente de optar ou não pelo pagamento antecipado, todos os exportadores (no caso, de vinho) encontravam-se sujeitos a um controlo prévio a efetuar pelo IVV e, posteriormente à efetivação da exportação, com a introdução do produto exportado no país terceiro, após desalfandegamento, passavam — também todos os exportadores, quer tivessem sido antecipadamente pagos ou não — a estar sujeitos a uma inspeção a posteriori.

Q) A única diferença, era a de que, enquanto os exportadores que não tinham sido antecipadamente pagos passavam a ter direito a receber a mencionada restituição/subsídio após a prova da efetivação da exportação (desalfandegamento), aqueles outros exportadores que já haviam recebido antecipadamente a restituição/subsídio, passariam a ter direito a ver extinta a garantia que havia sido exigida em função de tal adiantamento no pagamento, assim que provassem a efetivação da exportação (desalfandegamento).

R) Sendo que ambos (os exportadores que recebiam antecipadamente a restituição e os que apenas recebiam a restituição após a efetivação da exportação), [se] encontrava[m] igualmente sujeitos aos mesmos controlos prévios (à exportação) e posteriores.

S) Temos dois regimes: por um lado, temos o regime daqueles operadores ou exportadores que solicitam e obtêm o pagamento do subsídio (restituição), a partir do momento em que provem que os respetivos produtos foram efetivamente exportados (cfr. artigo 4.º, n.º 1) do Regulamento n.º 3665/87, de 27/11/1987), por outro lado, temos o regime daqueles outros operadores ou exportadores que solicitam e obtêm o pagamento antecipado daquele subsídio ou restituição, a partir do momento da aceitação da declaração de exportação (ainda antes da mesma exportação se ter efetivado), desde que seja constituída uma garantia de montante igual ao montante desse pagamento acrescido de 15% (cfr. artigo 22.º do mesmo Regulamento n.º 3665/87 de 27/11/1987).

T) No momento em que são pedidos os pagamentos da mencionada restituição, dívidas não existem [de] que estamos perante dois regimes diferentes e, conseqüentemente, duas circunstâncias distintas: (i) um exportador que apenas obteve o pagamento de restituição após ter efetuado e provado a efetiva exportação; (ii) outro exportador que obteve um pagamento antecipado da restituição, isto é, ainda antes de ter efetivado a exportação.

U) Compreende-se que o regime legal enquadrável (nos mencionados Regulamentos) tenha previsto que este segundo exportador, na medida em que beneficiou de um pagamento antecipado, tenha ficado onerado com a apresentação da referida garantia. Aqui sim, temos um tratamento desigual perante duas situações distintas.

V) A partir do momento em que aquele exportador que beneficiou do pagamento antecipado da restituição efetivou e provou a exportação dos respetivos produtos e do seu desalfandegamento no país terceiro, passa a estar em situação de igual regime àqueles outros exportadores — que não tendo beneficiado do pagamento antecipado de restituição — estão a partir deste momento em condições legais de o receber.

W) E, a partir deste momento — em que se efetivou a exportação (e em que já se cumpriram os requisitos legais que permitem a atribuição geral da restituição) — já não existe qualquer razão que justifique a manutenção do ónus da garantia por parte do mencionado exportador que havia beneficiado do pagamento antecipado, pois agora está em circunstância igual aos restantes exportadores que não receberam o pagamento antecipado: todos já efetuaram e provaram a exportação e todos receberam o pagamento da restituição, devendo, então, ser liberada a garantia (cfr. artigos 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, e 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3665/87, de 27 de novembro de 1987).

X) Outra interpretação diferente desta, nomeadamente a sufragada pelo Tribunal a quo, determina necessariamente que, perante uma situação ou circunstância idêntica, num mesmo enquadramento legal, seja dado um tratamento desigual e discriminatório, em clara e manifesta violação do estatuído no artigo 13.º da CRP, cuja inconstitucionalidade, desde já e aqui, uma vez mais, se invoca.

[...]

Z) O direito de Igualdade perante a lei foi traçado pelo constituinte e esta declaração formal servirá para orientar tanto o intérprete como o legislador ordinário, quando da consideração dos direitos fundamentais.

AA) O princípio da igualdade deve, também, ser encarado como uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre considerá-lo, a fim de evitar o aparecimento de discriminações.

BB) O legislador não poderá produzir leis que acarretam tratamentos desiguais a situações iguais, mas também que o juiz, ao aplicar a lei, não poderá fazer discriminação entre situações iguais.



CC) *A inconstitucionalidade tando deriva da norma legal propriamente dita, como da interpretação concreta que dela faz o juiz na aplicação da mesma – o que, como se referiu e se demonstrou, acontece no Douro Acórdão recorrido.*

DD) *A Decisão recorrida viola assim o artigo 13.º da CRP e, além do mais, os artigos 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/65, de 22 de julho de 1985, e 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3665/87, de 27 de novembro de 1987, e 238.º do Código Civil.*

[...]” (sublinhados acrescentados).

**1.3.1.** No STJ, reconduzido o processo à condição de recurso de revista “normal” (i.e., um recurso de revista previsto no artigo 671.º e não no artigo 672.º, ambos do Código de Processo Civil), foi proferido Acórdão, datado de 14/03/2017 (fls. 811/826), desatendendo a impugnação promovida pela ora recorrente. Dos respetivos fundamentos consta, designadamente, o seguinte:

“[...]”

*[I]mporta saber se viola o art. 13.º da Constituição da República o entendimento acolhido no Acórdão recorrido, no que respeita à interpretação do art. 19.º, n.º 1, al. a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, questão que se prende com saber se a garantia bancária prestada pela recorrente, enquanto exportadora para Angola, se extinguiu com o desalfandegamento e entrega, naquele país, de mercadoria (vinho) que para aí exportou.*

*Muito em resumo a controvérsia assenta no seguinte, como consta no Acórdão da Formação: ‘a autora exportou vinho para Angola a preços inferiores aos que obteria com exportação para o mercado comunitário; assistiu-lhe, por força das normas comunitárias precisadas no acórdão recorrido, o direito a receber, antecipadamente, do Estado-Membro a que pertence (no nosso caso do IFAP, anterior INGA) a diferença; desde que fosse prestada garantia bancária; prestou-a o réu B.; assim, a autora recebeu antecipadamente o montante referido nos autos; enviou o vinho para Angola e aí foi desalfandegado; o IFAP acionou a garantia e a autora sustenta que, tendo sido desalfandegado o produto, esta estava extinta, sustentando a defesa que o desalfandegamento não determina, sem mais, a extinção’.*

*Porque a questão fulcral do recurso está relacionada com a interpretação da citada norma do Regulamento, foi objeto de pedido de reenvio prejudicial para o TJUE no processo e, também no processo n.º 2848/10.9TVLSB.L1.S1, ao tempo pendente no Tribunal da Relação de Lisboa — sendo idêntica a questão — e, porque este Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 19/10/2016, in [www.dgsipt.pt](http://www.dgsipt.pt), já se pronunciou à luz do entendimento daquele Tribunal, em cuja ação, como se disse, se debateu, no essencial, a mesma comum questão de direito, sendo descabido pôr em causa o que ali doutadamente se sentenciou, em consonância com o entendimento da instância europeia, em sede de reenvio prejudicial, segui-lo-emos de perto.*

[...]

*Não se questiona que o recorrido B., para garantir o adiantamento de “restituições à exportação” efetuados pelo INGA/IFAP à Autora, prestou, a favor daquela entidade, uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação, no valor de €393.634,63, que, tendo sido acionada, pagou em conformidade com a obrigação assumida ao beneficiário INGA (agora IFADAP).*

*De harmonia com o quadro legal comunitário, aplicável ao tempo, as exportações de vinho para fora do mercado comunitário a um preço inferior ao que seria pago nesse mercado, beneficiavam da restituição da diferença de preço desde que verificados os pressupostos regularmente previstos. O organismo competente português para processar essa restituição era o INGA, atualmente IFAP, que adiantou o montante a Autora enquanto exportadora para Angola.*

*Sustenta a Autora ter direito à concessão definitiva do montante adiantado por aquela entidade, a partir do momento em que, nos termos previstos no art. 9.º, n.º 1, al. a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, fez prova do desalfandegamento e introdução do produto exportado no país importador.*

*O Réu IFAP considera não ser essa a correta interpretação do Regulamento, sustentando que o simples facto de a ora recorrente demonstrar que o Vinho foi efetivamente exportado e recebido em Angola não lhe confere, sem mais, o direito a reclamar a libertação da garantia em causa, pois que a mesma foi prestada para garantir a antecipação de pagamentos relativos a restituições à exportação efetuados pelo INGA, só podendo ser liberada se o controlo, a fazer a posteriori, comprovasse a regularidade de todo o processo, pressuposto que — in casu — não se verificou, conforme decorre da deliberação do INGA (hoje IFAP) de 15.10.2004.*

*A nodal divergência entre a Autora e o Réu IEAP, situa-se no momento em que ‘nasce’ o direito à concessão definitiva do montante adiantado pelo INGA: se, no momento da prova do desalfandegamento e introdução da mercadoria exportada em Angola, ou em momento ulterior, que depende do controle da legalidade dessa exportação, que deve ser exercido pelo organismo concedente do montante.*

*Como doutamente se assinala no Acórdão recorrido, tal divergência convoca a aplicação e interpretação do Direito Comunitário, mormente, do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, aplicável à data dos factos, que estabelece regras comuns de execução do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1829/94 da Comissão, de 26 de julho de 1994, e do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, que fixa as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3403/93 da Comissão, de 10 de dezembro de 1993.*

*Ao abrigo do disposto nos artigos 269.º, n.º 1, al. c), 272.º, n.º 1, e 276.º, n.º 1, al. c), do Código de Processo Civil, foi decidido suspender a instância na ação de onde o recurso dimanava até que fosse proferida decisão pelo TJUE, no processo de reenvio apresentado no âmbito de um processo que correu termos na 2.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa e em que se colocava questão idêntica. Esse processo é, como se aludiu, o n.º 2848/10.9TVLSB.L1.S1.*

*O Acórdão proferido na 2.ª Instância subiu, em recurso de revista, e foi apreciado pelo Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça de 19/10/2016, que tendo presente a decisão proferida pelo TJUE — Acórdão de 11/12/2014 (fls. 532 a 542) — e Despacho de 23/10/2015 (fls. 578 a 581), sentenciou (ut. ponto 1. do sumário):*

*‘Não viola o princípio constitucional da igualdade a interpretação do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador, se os outros requisitos para a concessão da restituição, designadamente o requisito da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, não estiverem preenchidos, fixada pelo TJUE, em reenvio prejudicial e aplicada pelas instâncias nesses precisos termos’.*

*De notar que, no seguimento do esclarecimento solicitado ao abrigo do disposto no art. 104.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do TJUE, foi proferido despacho pelo Presidente em exercício da 10.ª Secção daquele Tribunal, no qual se declarou:*

*‘O artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, que fixa as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3403/93 da Comissão, de 10 de dezembro de 1993, deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição recebido pode ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois de a exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, que estabelece regras comuns de execução do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1829/94 da Comissão, de 26 de julho de 1994’.*

*Não consente dúvidas que o TJUE, de modo claro, não acolheu a tese da Recorrente, pelo que o direito à concessão definitiva do montante adiantado pelo INGA/IEAP não nasceu com o desalfandegamento e entrega em Angola da mercadoria exportada.*

*A Recorrente só teria direito a exigir ‘a restituição à exportação’ após o controlo da correção dos procedimentos pelo organismo concedente da antecipação do montante atribuído à Autora.*

*Esse controlo determinou que a Autora tivesse que proceder a reposição de elevada quantia, como se provou: ‘o controlo referido no ponto 8 culminou com uma decisão do INGA, de 15 de outubro de 2004, que determinou a reposição pela Autora da quantia paga a título de restituições à exportação, no montante de €1.885.881,98 (doc. fls. 19-47). Por ofício de 7 de janeiro de 2005, o INGA acionou a garantia referida no ponto 5 e interpelou o Réu B. para lhe creditar a quantia de €233.255,68 (doc. fls. 48)’.*

*Como refere o citado Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, face a esta interpretação normativa, proveniente do próprio TJ, em reenvio prejudicial suscitado nos presentes autos, carece obviamente de sentido e razoabilidade continuar a defender que a interpretação pelas instâncias de tal preceito — que se conformou inteiramente com a decisão proferida pelo TJ — viola o art. 19.º, n.º 1, al. a) do citado Regulamento — desconsiderando manifestamente o teor do acórdão proferido no âmbito do reenvio prejudicial’.*

*Nesta perspetiva, sufragada no Acórdão recorrido, não foi ilegal o acionamento da garantia bancária autónoma pelo IEAP, ante a verificação de irregularidades no processo de exportação imputadas à Autora, nem repreensível o pagamento a que o B. procedeu em cumprimento de tal contrato.*

*A Recorrente sustenta, face ao que aduziu nas conclusões N) a S), que a interpretação do Acórdão recorrido viola o princípio constitucional da igualdade.*

*O artigo 13.º da Lei Fundamental consigna:*

*‘1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*

*2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.’*

*Em comentário ao citado preceito, Gomes Canotilho e Vital Moreira, in ‘Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I – 4.ª edição revista-2007, págs. 338 e 339, escrevem:*

*‘O princípio da igualdade tem a ver fundamentalmente com igual posição em matéria de direitos e deveres (daí a sua colocação sistemática nesta sede de princípios gerais dos direitos e deveres fundamentais).*

*Essencialmente, ele consiste em duas coisas: proibição de privilégios ou benefícios no gozo de qualquer direito ou na isenção de qualquer dever; proibição de prejuízo ou detrimento na privação de qualquer direito ou na imposição de qualquer dever (n.º 2).*

*No fundo, o princípio da igualdade traduz-se na regra da generalidade na atribuição de direitos e na imposição de deveres. Em princípio, os direitos e vantagens devem beneficiar a todos; e os deveres e encargos devem impender sobre todos.*

*O conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade tem vindo progressivamente a alargar-se, de acordo com a síntese dialética dos ‘momentos’ liberais, democráticos e sociais.*

*O seu âmbito de proteção abrange na ordem constitucional portuguesa as seguintes dimensões: (a) proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objetivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas ou em razão dessas categorias (cfr. n.º 2, onde se faz expressa menção de categorias subjetivas que historicamente fundamentaram discriminações); (c) obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económico e cultural (cfr., por ex., arts. 9.º/d) e f), 58.º-2/b) e 74.º-1).*

*A proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo: nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual.*

*Nesta perspetiva, o princípio da igualdade exige positivamente um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes. Porém, a vinculação jurídico-material do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois a ele pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente. Só quando os limites externos da ‘discricionariedade legislativa’ são violados, isto é, quando a medida legislativa não tem adequado suporte material, é que existe uma ‘infração’ do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio.*

*A proibição do arbítrio, ao valer como princípio objetivo de controlo, não significa em si mesma, simultaneamente, um direito subjetivo público a igual tratamento, a não ser que se violem direitos fundamentais de igualdade concretamente positivados (por exemplo, igualdade dos cônjuges) ou que a lei arbitrária tenha servido de fundamento legal para atos da administração ou da jurisdição lesivos de direitos e interesses constitucionalmente protegidos...’*

*Antes de mais, deverá dizer-se que do elenco dos factos provados — e só com eles se poderá operar — não consta que a Autora tenha sido sujeita a qualquer tratamento discriminatório por parte do Instituto da Vinha e do Vinho (IVV); ademais, tanto quanto o processo evidencia, nunca tal questão foi por si suscitada.*

*Na tese da recorrente, a violação do princípio da igualdade entre exportadores, no confronto de processo do pagamento antecipado da restituição à exportação, decorreria do facto de, como alega na conclusão T) das suas alegações, ‘no momento em*

que são pedidos os pagamentos da mencionada restituição, dúvidas não existem que estamos perante dois regimes diferentes e, consequentemente, duas circunstâncias distintas: (i) um exportador que apenas obteve o pagamento da restituição após ter efetuado e provada a efetiva exportação; (ii) outro exportador que obteve um pagamento antecipado da restituição, isto é, ainda antes de ter efetuado a exportação’.

No Acórdão recorrido foi afastada a alegada inconstitucionalidade com a seguinte argumentação: ‘Tão pouco se afigura atentatório do princípio constitucional consagrado no art. 13.º da CRP, pois, como a apelante bem sabe, os exportadores que optam pelo regime geral, e não pelo pagamento antecipado das ajudas à exportação, não são obrigados a prestar garantias e, por isso, são sujeitos a controlo prévio, e não a posteriori, como sucedeu no caso que analisamos, sendo certa que, tal como decidiu o TJUE, as autoridades competentes não estão obrigadas, aquando da verificação dos requisitos de concessão da restituição, a respeitar uma data-limite correspondente à data da exportação efetiva dos produtos em causa ou do seu desalfandegamento’.

Esta questão foi também colocada, e nos mesmos termos, no recurso apreciado no Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 19/10/2016 e mereceu a apreciação seguinte, que perfilhamos:

*Note-se que, no caso dos autos, estando fixada a interpretação da referida norma comunitária pelo TJ, tal ofensa ao princípio da igualdade seria imputável diretamente, não ao acórdão recorrido, mas à própria interpretação normativa feita pelo TJ – já que é desta que resulta inquestionavelmente que a garantia prestada subsiste, mesmo após o desalfandegamento dos produtos exportados, pressupondo um juízo acerca dos outros requisitos de que depende a concessão da restituição: ora, poderá considerar-se este regime normativo carecido de qualquer suporte material, traduzindo um tratamento inadmissivelmente discriminatório e discricionário da Autora?*

Na abordagem desta questão, procura a entidade recorrente operar uma comparação entre o regime do exportador que, obtendo um adiantamento do subsídio, teve de prestar caução e daquele exportador que – não tendo requerido qualquer adiantamento – não teve de prestar qualquer garantia pessoal.

É, porém, evidente que tal comparação carece de sentido, já que estamos confrontados com duas situações materialmente distintas – uma em que se verificou prestação de garantia pessoal e outra em que inexistiu qualquer garantia prestada pelo exportador: ora, como é manifesto, inexistindo a prestação de qualquer garantia, carece naturalmente de sentido definir em que momento é que a mesma se extingue.

*Ou seja: a questão material controvertida nos autos apenas se verifica no caso de ter ocorrido prestação de garantia pelo exportador, fundada precisamente na concessão de um adiantamento de que este beneficiou – discutindo-se em que momento é que tal garantia se extingue; não pode, por isso, comparar-se esta situação específica com a do exportador que nenhuma garantia haja prestado: e, assim sendo, ao decidir-se que a garantia subsiste até à verificação de todos os pressupostos ou requisitos para a concessão da restituição, não pode ter-se por verificado qualquer tratamento discriminatório ou materialmente infundado da Autora’ (destaque nosso)*

*Não existe, pois, qualquer violação do princípio constitucional da igualdade, que postula tratamento igual para situações iguais.*

*Como se evidencia, tendo optado a Autora por obter a concessão antecipada teve que prestar uma garantia do adiantamento; se não tivesse feito tal opção nenhuma garantia teria que prestar. As duas situações não são sobreponíveis.*

*Bem se compreende que, estando em causa a concessão de adiantamento, haja a exigência de prestação de controlo a posteriori pela entidade concedente, sendo esse o momento que a garantia é liberada, caso não tenham sido verificados procedimentos impeditivos da concessão definitiva do montante adiantado.*

[...]” (sublinhados acrescentados).

**1.4.** A autora interpôs recurso desta última decisão para o Tribunal Constitucional – recurso que deu origem aos presentes autos –, nos termos seguintes:

“[...]

[T]endo sido notificada do douto Acórdão [...], que negou provimento ao recurso de revista, vem do mesmo interpor recurso para o Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro.

*A norma cuja inconstitucionalidade se pretende submeter à apreciação do Tribunal Constitucional é o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, na interpretação aderida e aplicada nos presentes autos pelo Tribunal a quo.*

*A Recorrente considera que tal interpretação viola o princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), traduzindo-se num tratamento inadmissivelmente discriminatório da Recorrente.*

*Com efeito, a interpretação ao artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, sufragada nos presentes autos, no sentido de que a garantia a que os operadores que requerem a antecipação do subsídio à exportação (restituição) estão obrigados não caduca após a prova da efetiva exportação (desalfandegamento no país de destino), obrigando à manutenção da garantia e podendo a mesma ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois da exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da sã, leal e comerciável dos produtos exportados, coloca tais exportadores – no caso, a Recorrente – numa situação de desigualdade e de discriminação relativamente a outros operadores – que, não tendo requerido a antecipação do subsídio, consequentemente não foram obrigados a prestar garantia – a partir do momento em que, tendo demonstrado a efetiva exportação e assim recebido o respetivo subsídio, encontram-se, também estes, nesta fase, sujeitos a uma verificação posterior do preenchimento de outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da sã, leal e comerciável dos produtos exportados. Ou seja, a partir do momento em que se demonstra a efetivação da exportação, uns e outros operadores (os que requereram a antecipação do subsídio e os que não requereram) já receberam o pagamento do subsídio à exportação – encontrando-se uns e outros, em ambos os casos, sujeitos a um controlo da correção dos procedimentos – mas uns operadores (entre os quais a Requerente) teriam o ónus de manter uma garantia (com todos os ónus e encargos associados), enquanto os outros não.*

*O direito de igualdade foi traçado pelo constituinte e esta declaração formal servirá para orientar tanto o legislador ordinário como o intérprete, quando da consideração dos direitos fundamentais, pelo que o princípio da igualdade deve, também, ser encarado como uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre considerá-lo a fim de evitar o aparecimento de discriminações, podendo assim a inconstitucionalidade tanto derivar da norma legal propriamente dita como da interpretação concreta que dela se faz na aplicação da mesma.*

*A Recorrente suscitou a questão da inconstitucionalidade nas alegações apresentadas no recurso de revista excecional do douto Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa.*

[...]” (sublinhado acrescentado).

#### 1.4.1. Foi este recurso admitido no STJ.

1.4.2. Já no Tribunal Constitucional – na primeira aproximação preparatória do julgamento – foram as partes notificadas para alegar. Fê-lo a recorrente, rematando a motivação do recurso com as seguintes conclusões:

“[...]”

*A) O Douto Acórdão recorrido, nomeadamente na interpretação assumida do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, viola o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.*

*B) Na douta decisão recorrida, o Tribunal a quo concretiza e aplica a interpretação de que o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, que fixa as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3403/93 da Comissão, de 10 de dezembro de 1993, deve ser interpretado no sentido que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido, não se deve considerar extinta, podendo ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois da exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, que estabelece regras comuns de execução do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1829/94 da Comissão, de 26 de julho de 1994.*

C) *Em resultado de tal interpretação, o Tribunal a quo considera que a garantia prestada pela Recorrente não se extinguiu com o desalfandegamento em Angola da mercadoria por si exportada,*

D) *E não considera que o acionamento de tal garantia, pelo IFAP, será abusivo e violador das mais basilares regras da boa-fé, nem que tal seja atentatório do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP.*

E) *O argumentário em que o Tribunal a quo se sustentou para decidir, quanto à invocada inconstitucionalidade, baseia-se em premissas factuais que não correspondem à realidade, bastando para tal verificação, uma rápida análise aos documentos 10, 10-A e 11, juntos com a petição inicial dos presentes autos.*

F) *Como inequivocamente o demonstram os mencionados documentos juntos com a petição inicial, também os exportadores que solicitavam o pagamento antecipado da restituição/benefício estavam sujeitos a um controle prévio – neste caso, do Recorrente, a cargo do Instituto da Vinha e do Vinho (IVV).*

G) *E era esta entidade, que apenas após certificar que as análises e o controlo administrativo cumpriam os requisitos comunitários, despachava para pagamento à entidade responsável pelo mesmo, o IFAP (à data, INGA), pelo que, independentemente de optar ou não pelo pagamento antecipado, todos os exportadores (no caso, de vinho) encontravam-se sujeitos a um controlo prévio a efetuar pelo IVV e, posteriormente à efetivação da exportação, com a introdução do produto exportado no país terceiro, após desalfandegamento, passavam – também todos os exportadores, quer tivessem sido antecipadamente pagos ou não – a estar sujeitos a uma inspeção a posteriori.*

H) *A única diferença, era a de que, enquanto os exportadores que não tinham sido antecipadamente pagos passavam a ter direito a receber a mencionada restituição/subsídio após a prova da efetivação da exportação (desalfandegamento), aqueles outros exportadores que já haviam recebido antecipadamente a restituição/subsídio, passariam a ter direito a ver extinta a garantia que havia sido exigida em função de tal adiantamento no pagamento, assim que provassem a efetivação da exportação (desalfandegamento).*

I) *Sendo que ambos (os exportadores que recebiam antecipadamente a restituição e os que apenas recebiam a restituição após a efetivação da exportação), encontrava-se igualmente sujeitos aos mesmos controlos prévios (à exportação) e posteriores.*

J) *Temos dois regimes: por um lado, o regime daqueles operadores ou exportadores que solicitam e obtêm o pagamento do subsídio (restituição), a partir do momento em que provem que os respetivos produtos foram efetivamente exportados (cfr. artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3665/87 de 27/11/1987); por outro lado, o regime daqueles operadores ou exportadores que solicitam e obtêm o pagamento antecipado daquele subsídio ou restituição, a partir do momento da aceitação da declaração de exportação (ainda antes da mesma exportação se ter efetivado), desde que seja constituída uma garantia de montante igual ao montante desse pagamento acrescido de 15% (cfr. artigo 22.º do mesmo Regulamento n.º 3665/87 de 27/11/1987).*

K) *No momento em que são pedidos os pagamentos da mencionada restituição, dívidas não existem que estamos perante dois regimes diferentes e, conseqüentemente, duas circunstâncias distintas: (i) um exportador que apenas obteve o pagamento da restituição após ter efetuado e provado a efetiva exportação; (ii) outro exportador que obteve um pagamento antecipado da restituição, isto é, ainda antes de ter efetivado a exportação.*

L) *Compreende-se que o regime legal enquadrável (nos mencionados Regulamentos) tenha previsto que este segundo exportador, na medida em que beneficiou de um pagamento antecipado, tenha ficado onerado com a apresentação da referida garantia. Aqui sim, temos um tratamento desigual perante duas situações distintas.*

M) *A partir do momento em que aquele exportador que beneficiou do pagamento antecipado da restituição, efetivou e provou a exportação dos respetivos produtos e do seu desalfandegamento no país terceiro, passa a estar em situação de igual regime àqueles outros exportadores.*

N) *Pois, a partir deste momento – em que se efetivou a exportação (e em que já se cumpriram os requisitos legais que permitem a atribuição geral da restituição) – já não existe qualquer razão que justifique a manutenção do ónus da garantia por parte do mencionado exportador que havia beneficiado do pagamento antecipado, pois agora está em circunstância igual aos restantes exportadores que não receberam o pagamento antecipado: todos já efetuaram e provaram a exportação e todos receberam o pagamento da restituição, devendo, então, ser liberada a garantia (cfr. artigos 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, e 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3665/87, de 27 de novembro de 1987).*

O) *Outra interpretação diferente desta, nomeadamente a sufragada pelo Tribunal a quo, determina necessariamente que, perante uma situação ou circunstância idêntica, num mesmo enquadramento legal, seja dado um tratamento desigual e*

*discriminatório, em clara e manifesta violação do estatuído no artigo 13.º da CRP, cuja inconstitucionalidade, desde já e aqui, uma vez mais, se invoca.*

*P) Dispõe o referido preceito constitucional:*

*‘1 – Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*

*2 – Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.’ (nosso sublinhado)*

*Q) O direito de Igualdade perante a lei foi traçado pelo constituinte e esta declaração formal servirá para orientar tanto o intérprete como o legislador ordinário, aquando da consideração dos direitos fundamentais.*

*R) O princípio da Igualdade deve, também, ser encarado como uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre considerá-lo a fim de evitar o aparecimento de discriminações.*

*S) O legislador não poderá produzir leis que acarretem tratamentos desiguais a situações iguais, mas também que o juiz, ao aplicar a lei, não poderá fazer discriminação entre situações iguais.*

*T) A inconstitucionalidade tando deriva da norma legal propriamente dita, como da interpretação concreta que dela faz o juiz na aplicação da mesma – o que, como se referiu e se demonstrou, acontece no Douro Acórdão recorrido.*

*U) A Douro Decisão recorrida viola assim o artigo 13.º da CRP e, além do mais, os artigos 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/85, de 22 de julho de 1985, e 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3665/87, de 27 de novembro de 1987, e 238.º do Código Civil.*

*[...]’.*

**1.4.3.** O IFAP, contra-alegando, entendeu não dever conhecer-se do objeto do recurso, remetendo, a esse respeito, para os fundamentos de uma decisão do Tribunal – o Acórdão n.º 43/2017 –, afirmando ser o sentido decisório neste adotado (quanto ao não conhecimento do recurso) transponível para a situação presente.

**1.4.3.1.** A esta específica questão respondeu a recorrente, afirmando ser diferente a situação ora em causa daquela que determinou a decisão de não conhecimento constante desse Acórdão n.º 43/2017:

“[...]”

6. [N]os presentes autos, a Recorrente não baseia a invocada inconstitucionalidade em tal pressuposto (temporal).

7. Com efeito, apenas a título de exemplo: enquanto que na formulação utilizada pela Recorrente naquele outro processo referia-se à ‘situação de desigualdade e de discriminação relativamente a outros operadores (...) a partir do momento em que, tendo demonstrado a efetiva exportação, receberam o respetivo subsídio, sem que o direito ao recebimento se tenha ainda, igualmente, tornado definitivo.’

8. Na interposição do recurso dos presentes autos, a redação na enunciação da norma cuja sindicância constitucional se requereu foi a seguinte: “... a partir do momento em que, tendo demonstrado a efetiva exportação e assim recebido o respetivo subsídio, encontram-se, também estes, nesta fase, sujeitos a uma verificação posterior do preenchimento de outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da sã, leal e comerciável dos produtos exportados”.

9. Ou seja, o Recorrido IFAP pretende comparar o incomparável e tornar igual aquilo que é materialmente diferente.

10. Sendo certo que, nos presentes autos, o recurso incide sobre uma decisão que aplicou uma norma cuja constitucionalidade na interpretação sufragada se suscitou, em cumprimento do previsto no artigo 70º, n.º 1, alínea b) da

LTC.

[...]

**1.4.4.** No decurso da preparação do processo para julgamento, proferiu o Senhor Presidente do Tribunal, obtida a concordância do plenário, despacho a determinar, nos termos do artigo 79.º-A, n.º 1 da Lei do Tribunal Constitucional, que o julgamento do recurso seja efetuado com intervenção do plenário (despacho de fls. 904).

**1.4.5.** Posteriormente, equacionando-se com mais detalhe as alternativas decisórias colocadas pelo recurso, foi desencadeado pelo relator um contraditório adicional, cujo sentido foi explicitado às partes a fls. 907, nos termos seguintes:

“[...]

*No quadro da preparação do julgamento [...] do presente recurso, interposto nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC e cujo objeto corresponde a uma norma de Direito da União [artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85] na interpretação que à mesma foi fixada pelo TJUE, antevê-se a possibilidade de vir a ser proferida uma decisão de não conhecimento do objeto do recurso, num quadro limitativo da competência deste Tribunal decorrente da interpretação do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.*

*Assim sendo, de tal possibilidade se dá conhecimento às Partes para, querendo, sobre a mesma se pronunciarem, no prazo de dez dias (artigo 3.º, n.º 3, do CPC, ex vi artigo 69.º da LTC).*

[...]

**1.4.5.1.** A este respeito, pronunciou-se a recorrente, referindo o seguinte:

“[...]

1. [N]ão existe fundamento para o não conhecimento do objeto do recurso.
2. O disposto no n.º 4 do artigo 8.º da [CRP] consagra o primado do Direito Comunitário ou da União no ordenamento jurídico interno português.
3. Não obstante, tal não significa que tal consagração não tenha quaisquer limites.
4. Desde logo, nos termos da própria norma citada, devem ser respeitados os princípios fundamentais do Estado de direito democrático.
5. por outro lado, a CRP proclama a prevalência absoluta das normas constitucionais sobre qualquer outra que lhe seja conflituante, sem importar donde esta provenha.
6. Concretizando, desta forma, o lugar cimeiro na hierarquia das fontes de direito no nosso ordenamento jurídico.
7. Nos presentes autos está em causa uma manifesta violação do princípio da igualdade – conforme melhor se expôs anteriormente nos requerimentos de interposição do presente recurso e de resposta à questão prévia levantada pelo Recorrente IFAP.
8. E o princípio da igualdade é um princípio fundamental do Estado de direito expressamente previsto e consagrado no texto da CRP.



9. Pelo que a Recorrente entende que não existe o mencionado quadro limitativo de competência do Tribunal Constitucional para o conhecimento do presente recurso.

10. Sendo certo que, nos presentes autos, o recurso incide sobre uma decisão que aplicou uma norma cuja constitucionalidade na interpretação sufragada se suscitou, em cumprimento do previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea b) da LTC.

[...].

1.5. Elaborado projeto pelo relator, iniciou-se a discussão em janeiro deste ano prolongando-se pelos meses seguintes, pese embora o condicionamento da atividade do Tribunal decorrente da situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV2, agente causador da doença COVID-19 (cfr., com incidência na atividade do Tribunal, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, e a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março).

## II – Fundamentação

2. Percorremos até aqui o itinerário processual que conduziu à intervenção do Tribunal Constitucional – e desta formação em concreto. Cumpre enunciar agora, como ponto de partida da abordagem do recurso, as questões que neste devem ser tratadas e decididas.

**(I) Estamos perante um recurso fundado na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC** [artigo 280.º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP)], cujo objeto normativo apresenta a particularidade de corresponder a uma norma de Direito (derivado) da União Europeia, o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, aqui operante na interpretação adotada na decisão recorrida. Corresponde esta ao Acórdão do STJ de 14/03/2017, constante de fls. 811/826 (cfr. item 1.3.1., *supra*), que adotou, relativamente a essa norma de DUE, a interpretação fixada pelo TJUE em anterior reenvio referido à mesma disposição e assente na mesma questão substancial. Desatendeu a decisão ora recorrida uma questão de inconstitucionalidade, traduzida na violação do princípio da igualdade, que havia sido suscitada pela recorrente no trecho processual que antecedeu o pronunciamento decisório final do STJ [cfr. item 1.3., *supra*, especificamente nas conclusões J) e M)].

Assim se expressa, sem prejuízo do aprofundamento desta caracterização que adiante efetuaremos, o que justamente se pode qualificar como a questão central do recurso, nos termos em que a recorrente o perspetivou, correspondendo, em suma, à pretensão de ver sindicada pelo Tribunal Constitucional uma norma de direito derivado da União, com o sentido interpretativo fixado pelo TJUE, em termos de conformidade (nessa especial feição) ao princípio constitucional da igualdade (proibição de discriminação) plasmado no artigo 13.º da CRP. Trata-se, pois, para o Tribunal Constitucional – correspondendo a uma questão prévia cuja abordagem é necessária e que condicionará a apreciação da pretensão da recorrente –, de determinar se cabe ao Tribunal (*rectius*, em que condições e pressupostos lhe cabe) apreciar a conformidade constitucional do DUE, sendo o quadro de referência em tal definição de competência o resultante do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, nas duas vertentes de relação da ordem jurídica nacional com aquele que nessa disposição coexistem, desde a revisão constitucional de 2004: a que podemos descrever, numa primeira apreciação, como consubstanciando (1) o elemento preponderante – de alguma forma a regra –, contido(a) na primeira parte do n.º 4 (“[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União”), e (2) a que corresponde ao elemento que limita essa preponderância (que a subtrai ou *exceciona*), contido no trecho final do mesmo n.º 4 (“[...] com respeito pelos princípios fundamentais do estado de Direito Democrático”).

Não está excluído, assim, que na análise das questões colocadas pela pretensão da recorrente, o Tribunal venha a considerar-se *inibido* de emitir, relativamente à imputação de desconformidade constitucional por ela construída, qualquer julgamento de inconstitucionalidade, seja ele positivo ou negativo. Deve esclarecer-se, desde já, que o emprego do adjetivo *inibido*, como elemento determinante do sentido de um possível resultado decisório de não conhecimento do recurso, se limita a sinalizar, no especial contexto aqui presente, o sentido da questão que se revelará central no percurso que adiante trilharemos (a partir do item 2.2., *infra*).

(II) Todavia – e continuamos no quadro introdutório da temática do recurso, enunciando as questões que nos cumpre tratar –, previamente à apreciação da referida questão central do recurso, uma vez que o recorrido IFAP defende nas respetivas contra-alegações (cfr. item 1.4.3., *supra*) o **não conhecimento do objeto do recurso, remetendo para os fundamentos do Acórdão n.º 43/2017 deste Tribunal** (todas as decisões do Tribunal Constitucional – as já citadas e as que o venham a ser ao longo do presente Acórdão –, estão acessíveis no sítio do Tribunal na seguinte ligação: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, através de pesquisa, pelo número do Acórdão, no campo “listagem geral”), haverá que determinar da pertinência desses fundamentos (os que constituíram motivo de não conhecimento do recurso no Acórdão n.º 43/2017) no caso presente.

Esta última questão, por evidente precedência lógica, será apreciada em primeiro lugar, *equacionando-se* de seguida o conhecimento do mérito do recurso – a possibilidade do conhecimento do recurso pelo Tribunal Constitucional – quanto à questão que qualificámos de central e enunciamos antes em (I) neste mesmo item.

Note-se, a respeito dessa questão central, que o relator, antevendo a eventualidade do não conhecimento do recurso interposto pela recorrente por referência a um entendimento limitativo da competência do Tribunal Constitucional, “[...] decorrente da interpretação do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa”, transmitiu às partes essa circunstância, no despacho de fls. 907, estabelecendo com elas diálogo processual a esse respeito, concretamente com a recorrente que sobre tal matéria entendeu pronunciar-se.

## [A]

2.1. Esclarecido isto, importa apreciar, primeiramente, a questão prévia suscitada pelo recorrido IFAP, traduzida na pretensão de obter uma decisão de não conhecimento do recurso, com o exato fundamento afirmado no Acórdão n.º 43/2017: não coincidência entre a *ratio decidendi* e a questão de inconstitucionalidade suscitada pela recorrente.

Pressupõe este argumento a afirmação da identidade dos dados básicos do problema, referida aos pressupostos da instância correspondente ao recurso de constitucionalidade, no processo em que foi proferido aquele Acórdão e neste processo. É essa asserção de identidade de situações – *rectius*, de identidade de motivos processuais de não conhecimento do recurso –, que justificariam a repetição do anterior julgamento, que importa agora esclarecer.

2.1.1. Recordamos à partida a norma que (aqui) constitui objeto da impugnação, nos exatos termos em que a mesma foi modelada pela recorrente no requerimento de interposição do recurso (cfr. item 1.4., *supra*), com correspondência na prévia suscitação de desconformidade constitucional pela mesma parte realizada junto do STJ [cfr. as conclusões constantes das alíneas A), B), J), K), M), X), AA) a DD) transcritas no item 1.3., *supra*]:

“[...]”

[A] interpretação do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, [...] no sentido de que a garantia a que os operadores que requerem a antecipação do subsídio à exportação (restituição) estão obrigados não caduca após a prova da efetiva exportação (desalfandegamento no país de destino), obrigando à manutenção da garantia e podendo a mesma ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois da exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da sã, leal e comerciável dos produtos exportados.

[...]”.

Esta enunciação, pese embora se refira a circunstâncias com um evidente paralelismo às que estiveram em causa no Acórdão n.º 43/2017 (que foi proferido no âmbito do processo n.º 2848/10.9TVLSB, no qual teve lugar o reenvio prejudicial ao TJUE, cujo resultado se projetou, também, no mérito da ação julgada nos presentes autos – cfr. itens 1.2.1. a 1.2.6., *supra*), não coincide, todavia, com a fórmula usada pela recorrente nesse (outro) processo, que era a seguinte:

“[...]”

[A] interpretação ao artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, sufragada nos presentes autos, no sentido de que a garantia, a que os operadores que requerem a antecipação do subsídio à exportação (restituição) estão obrigados, não caduca após a prova da efetiva exportação (desalfandegamento no país de destino), obrigando à sua manutenção indefinidamente até que o direito ao mencionado subsídio se torne definitivo.

[...]” (sublinhado acrescentado).

Realçada a diferença de forma de cada uma das enunciações, impõem-se duas notas.

A primeira para recordar que cada processo tem uma dinâmica própria, que permite modelar o objeto de um recurso de fiscalização da constitucionalidade com caráter normativo, não sendo adequado proceder a uma transposição simples – acrítica –, fundada numa mera relação de semelhança quanto aos fundamentos da inadmissibilidade do recurso num processo para outro diferente, nomeadamente perante uma decisão anterior (referimo-nos ao Acórdão n.º 43/2017) que assentou na falta de correspondência entre a norma (a) enunciada e a *ratio decidendi* da decisão ali recorrida (pois tal correspondência pode não existir, mau grado as aparências, por referência àquela específica decisão e já existir, não obstante, por referência a outra), tanto mais que, como vimos, as normas que a recorrente enuncia num e noutro processo não têm, rigorosamente, os mesmos contornos.

A segunda advertência que aqui deixamos quanto ao argumento do recorrido IFAP, serve para notar que a enunciação da recorrente nos presentes autos seguramente escaparia à apreciação negativa da questão pelo Acórdão n.º 43/2017 (pois não se centra na definitividade do direito ao subsídio concedido, que neste se considerou desviante do sentido normativo relevante) e, acima de tudo (pois é este o critério decisivo), é perfeitamente congruente com a interpretação da norma realizada pelo TJUE, que o STJ aqui acolheu, sem reservas, como critério de decisão (*rectius*, como *ratio decidendi*). Para assim concluir, bastará atentar, sucessivamente, na norma enunciada pelo recorrente (v. *supra* neste mesmo item), na interpretação do TJUE:

“[...]”

36. Resulta também do referido artigo 13.º que os Estados-membros são obrigados a verificar se os produtos exportados para países terceiros são de qualidade sã, leal e comerciável (v., neste sentido, acórdão Alemanha/Comissão, C-54/95, EU:C:1999:11, n.º 49).

37. Nas observações escritas, o Governo português alega que, na sequência de uma ação de controlo das atividades da A., verificou-se que esse exportador não detinha os registos obrigatórios previstos na legislação específica.

38. A este respeito, importa recordar que o artigo 71.º, n.º 2, do Regulamento n.º 822/87 prevê que as pessoas singulares ou coletivas ou agrupamento de pessoas que detenham produtos do setor vitivinícola, referidos no artigo 1.º do mesmo regulamento, para o exercício da sua profissão, nomeadamente os produtores, os engarrafadores, os transformadores, bem como os negociantes a determinar, têm a obrigação de manter registos que indiquem, em especial, as entradas e as saídas dos ditos produtos.

39. Além disso, resulta do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2238/93 que este aprova as normas de execução do artigo 71.º do Regulamento n.º 822/87 em matéria de documentos de acompanhamento dos produtos do setor vitivinícola.

40. Importa referir que, caso o exportador não cumpra a obrigação de manter registos nos termos dos Regulamentos n.ºs 822/87 e 2238/93, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, os Estados-membros estão privados da possibilidade de verificar se os produtos exportados para países terceiros são de qualidade sã, leal e comerciável nos termos do artigo 13.º do Regulamento n.º 3665/87 e, conseqüentemente, de se assegurarem do respeito das condições ligadas ao sistema de pagamento antecipado da restituição à exportação.

41. Decorre de jurisprudência constante que é o exportador quem tem de assumir as conseqüências do incumprimento das obrigações decorrentes do regime de pré-financiamento das restituições à exportação (v., no que se refere à interpretação do artigo 33.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 3665/87, acórdão Groupe Limagrain Holding, C-402/10, EU:C:2011:704, n.º 52).

[...]

[O] artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, que fixa as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3403/93 da Comissão, de 10 de dezembro de 1993, deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador, se os outros requisitos para a concessão da restituição, designadamente o requisito da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 3665/87 da Comissão, de 27 de novembro de 1987, que estabelece regras comuns de execução do regime das restituições à exportação para os produtos agrícolas, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1829/94 da Comissão, de 26 de julho de 1994, não estiverem preenchidos.

[...]” [cfr. item 1.2.2., *supra*, que corresponde ao texto do próprio Acórdão do TJUE].

... e:

“[...]

16. Como resulta dos n.ºs 35 e 36 do acórdão A. (C-128/13, EU:C:2014:2432), a qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados é uma condição material exigida para a concessão das restituições que os Estados-membros estão obrigados verificar. No n.º 42 desse acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que, em caso de incumprimento deste requisito, a garantia prestada pelo fornecedor para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição à exportação recebido não se deve considerar extinta, mesmo que se verifique que o exportador apresentou os documentos relativos à aceitação da declaração

de exportação e à prova de que os produtos deixaram o território aduaneiro da União Europeia no prazo máximo de 60 dias a contar de tal aceitação, bem como à prova de que tais produtos foram desalfandegados no país terceiro importador.

17. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça não aderiu, nos n.ºs 30 a 33 do acórdão A. (C-128/13, EU:C:2014:2432), à tese da recorrente no processo principal segundo a qual a garantia deve ser liberada quando o exportador entrega o certificado de desalfandegamento, pelo facto de, a partir desse momento, o direito à restituição se tornar definitivo. Salientou, por um lado, que a redação do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3665/87, segundo o qual o pagamento da restituição fica subordinado à apresentação da prova de que os produtos para os quais foi aceite uma declaração de exportação deixaram, no mesmo estado, o território aduaneiro da União, o mais tardar no prazo de 60 dias a contar da data dessa aceitação, não faz menção a um direito definitivo à concessão dessa restituição. Recordou, por outro lado, que, conforme decorre do décimo sexto considerando desse regulamento, a garantia constituída nos termos do artigo 22.º do referido regulamento se destina a assegurar o reembolso do adiantamento no caso de se verificar posteriormente que a restituição não devia ser paga.

18. Daqui resulta que, uma vez que a apresentação, pelo exportador, da prova do desalfandegamento não faz surgir um direito definitivo à concessão do montante da restituição adiantado e, por conseguinte, também não faz surgir um direito à liberação da garantia, as autoridades competentes não estão obrigadas, quando da sua verificação dos requisitos de concessão da restituição, a respeitar uma data-limite correspondente à data dessa apresentação e, assim, a fortiori, uma data-limite correspondente à data da exportação efetiva dos produtos em causa ou do seu desalfandegamento no país terceiro.

19. Em face do exposto, há que responder à questão submetida que o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2220/85 deve ser interpretado no sentido de que a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição recebido pode ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois de a exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da qualidade, a ser leal e comerciável dos produtos exportados, previsto no artigo 13.º do Regulamento n.º 3665/87.

[...]" [cfr. item 1.2.4., supra, correspondente ao esclarecimento adicional prestado pelo Presidente da 10.ª secção do TJUE].

... e, por fim, atente-se na fundamentação da decisão ora recorrida, proferida pelo STJ, aderindo à interpretação do TJUE:

“[...]

Não consente dúvidas que o TJUE, de modo claro, não acolheu a tese da Recorrente, pelo que o direito à concessão definitiva do montante adiantado pelo INGA/IFAP não nasceu com o desalfandegamento e entrega em Angola da mercadoria exportada.

A Recorrente só teria direito a exigir ‘a restituição à exportação’ após o controlo da correção dos procedimentos pelo organismo concedente da antecipação do montante atribuído à Autora.

Esse controlo determinou que a Autora tivesse que proceder à reposição de elevada quantia, como se provou: ‘o controlo referido no ponto 8 culminou com uma decisão do INGA, de 15 de outubro de 2004, que determinou a reposição pela Autora da quantia paga a título de restituições à exportação, no montante de €1.885.881,98 (doc. fls. 19-47). Por ofício de 7 de janeiro de 2005, o INGA acionou a garantia referida no ponto 5 e interpelou o Réu B. para lhe creditar a quantia de €233.255,68 (doc. fls. 48)’.

Como refere o citado Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, ‘face a esta interpretação normativa, proveniente do próprio TJ, em reenvio prejudicial suscitado nos presentes autos, carece obviamente de sentido e razoabilidade continuar a defender que a interpretação pelas instâncias de tal preceito — que se conformou inteiramente com a decisão proferida pelo TJ — viola o art. 19.º, n.º 1, al. a) do citado Regulamento — desconsiderando manifestamente o teor do acórdão proferido no âmbito do reenvio prejudicial’.

Nesta perspetiva, sufragada no Acórdão recorrido, não foi ilegal o acionamento da garantia bancária autónoma pelo IFAP, ante a verificação de irregularidades no processo de exportação imputadas à Autora, nem repreensível o pagamento a que o B. procedeu em cumprimento de tal contrato.

[...]” [cfr. item 1.3.1., *supra*].

As sequências processuais que acabámos de destacar bastam para concluir pela sobreposição e coincidência entre as duas normas (*rectius*, os dois sentidos normativos): a (o) que correspondeu à decisão recorrida e aquela(e) que a recorrente enunciou no requerimento de interposição do presente recurso. Não se verifica aqui, pois, a divergência assinalada no Acórdão n.º 43/2017, relativamente à (diferente) norma ali apreciada, na sequência de outra (também diferente) decisão recorrida.

Não era exigível à recorrente que construísse, no contexto dos presentes autos, uma enunciação normativa distinta, já que a suscitação que apresentou persistiu fiel, nos seus traços essenciais, ao sentido que foi fixado à norma pelo TJUE, o qual foi inteiramente acolhido na decisão do STJ ora recorrida, tal como já sucedera com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que a antecedeu. E foi aquele sentido – a norma de DUE derivado interpretada pelo TJUE em anterior reenvio prejudicial – que a recorrente foi afirmando ser inconstitucional ao longo do presente processo, desde o trecho relatado no item 1.2. *supra*, até ao indicado no item 1.3. (este último antecedendo imediatamente a decisão recorrida), sentido esse que veio, enfim, a ser adotado na decisão do STJ ora em causa.

Assim, não procede a questão prévia suscitada pelo recorrido IFAP relativamente à inadmissibilidade do recurso, com base na transposição dos fundamentos do Acórdão n.º 43/2017.

## [B]

2.2. Ultrapassada essa questão, importa agora – tratando-se do problema central do recurso, cujo sentido foi explicitado no item 2.(I), *supra* – equacionar a possibilidade do conhecimento pelo Tribunal Constitucional do recurso de constitucionalidade, no quadro referencial do artigo 8.º, n.º 4 da CRP, nas duas vertentes de relação da ordem jurídica nacional com o DUE coexistentes em tal norma – a que se refere “[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e [a]s normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, [serem] aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União”, e a vertente que afasta – porventura poderemos dizer, *matiz*a – essa aplicabilidade através do inciso final, “[...] com respeito pelos princípios fundamentais do estado de Direito Democrático”.

Como já antes referimos, assenta o recurso numa questão de inconstitucionalidade cujos termos (cfr. item 1.4., *supra*, recolhendo a enunciação da recorrente no requerimento de interposição do recurso dirigido a este Tribunal) importa destacar de novo:

**O artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, na interpretação segundo a qual a garantia a que os operadores que requerem a antecipação do subsídio à exportação (restituição) estão obrigados não caduca após a prova da efetiva exportação (desalfandegamento no país de destino), obrigando à manutenção da garantia e podendo a mesma ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois da exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da sã, leal e comerciável qualidade dos produtos exportados.**

Esta norma [o referido artigo 19.º, n.º 1, alínea a)] estabelece que “[a] garantia é liberada se [...] *à*iver sido estabelecido o direito à concessão definitiva do montante adiantado”. Ora, o TJUE, no quadro de um reenvio prejudicial interpretativo [artigo 267.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União

Europeia (doravante, TFUE)] respeitante a um procedimento de exportação que também havia sido objeto de apoio antecipado e no qual a garantia prestada fora, igualmente (e essencialmente pelas mesmas razões), acionada, questionado sobre qual o momento a partir do qual deveria considerar-se extinta tal garantia (cfr. os pontos 26 e 27 do Acórdão do TJUE de 11/12/2014, proferido no processo C-128/13), fixou à referida norma a seguinte interpretação: “[...] a garantia prestada por um exportador para assegurar o reembolso do adiantamento da restituição recebido pode ser acionada quando, na sequência de uma fiscalização ocorrida depois de a exportação se ter efetivado e do desalfandegamento das respetivas mercadorias, se verifica não estar preenchido um dos outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da qualidade sã, leal e comerciável dos produtos exportados [...]” (cfr. item 1.2.2., *supra*, no trecho aí sublinhado no primeiro parágrafo).

Foi esta interpretação – depois assumida pelo STJ, que a transpôs para a fundamentação da decisão que confirmou a regularidade do acionamento da garantia – que a formuladora da recorrente antes destacada enunciou, captando adequadamente o entendimento do TJUE. Este, o que em termos práticos afirmou foi o perdurar da garantia prestada pelo exportador, no quadro compreensivo do sentido do artigo 19.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento n.º 2220/85 [que hoje corresponde ao artigo 18.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento de execução (EU) n.º 282/2012, da Comissão, de 28/03/2012, que revogou aquele e cujo conteúdo permanece igual], para além da realização do ato de exportação, ou seja, até à posterior verificação de terem sido respeitadas as condicionantes do apoio respeitante aos produtos exportados, traduzidas no efetivo cumprimento dos requisitos indicados no artigo 13.º do Regulamento n.º 3665/87. Esta norma *determinava* [note-se que foi entretanto revogada e substituída pelo Regulamento (CE) n.º 800/1999 da Comissão, de 15 de abril de 1999, por sua vez substituído pelo Regulamento 612/2009 da Comissão, de 7 de julho de 2009, cujas normas equivalentes (os artigos 21.º, n.º 1, e 28.º, n.º 1) apresentaram, sucessivamente, conteúdos idênticos ao artigo 13.º do Regulamento 3665/87], como dizíamos, o artigo 13.º do Regulamento n.º 3665/87 aqui aplicado *determinava*, que “[n]ão [seria] concedida qualquer restituição quando os produtos não [fossem] de qualidade sã leal e comerciável, e, caso esses produtos se [destinassem] à alimentação humana, quando a sua utilização para esse fim fica[ss]e] excluída ou consideravelmente diminuída devido às suas características ou ao seu estado”.

No enquadramento do recurso, o parâmetro constitucional que a recorrente considera posto em causa é, genericamente, o da igualdade (o princípio da igualdade decorrente do artigo 13.º da CRP); o “par de igualdade”, sustentando a comparação pressuposta, seria formado pelos exportadores que recebem o apoio antecipadamente e aqueles que recebem o mesmo tipo de apoio *a posteriori* (a circunstância de aos dois ser concedido esse apoio integraria a qualidade comum a ambos, correspondendo, pois, ao *tertium comparationis*); o primeiro tipo de exportadores, como sucedeu com a recorrente, solicita e obtém a antecipação do subsídio (da restituição), prestando a garantia que condiciona essa pretensão, sendo que – e estamos tão-só a enunciar nos seus termos exatos o argumento da recorrente (cfr. item 1.4., *supra*) –, seria colocado “[...] numa situação de desigualdade e de discriminação relativamente a outros operadores – que, não tendo requerido a antecipação do subsídio, [...] não foram obrigados a prestar garantia – a partir do momento em que, tendo demonstrado a efetiva exportação, e assim recebido o respetivo subsídio, encontram-se, também estes, nesta fase, sujeitos a uma verificação posterior do preenchimento de outros requisitos para a concessão dessa restituição, nomeadamente o da sã, leal e comerciável dos produtos exportados”.

Como dissemos, constitui objeto do recurso a norma do artigo 19.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 da Comissão, de 22 de julho de 1985, que estabelecia, no enquadramento temporal aqui relevante, as regras comuns de aplicação do regime de garantias para os produtos agrícolas, valendo a mesma, enquanto objeto normativo desta impugnação, com o sentido funcional que lhe foi conferido, num outro processo, por um julgamento do TJUE.

Note-se que tal interpretação foi neste caso – como, aliás, não poderia deixar de ser – assumida pelo STJ, ao refletir aqui o resultado do reenvio efetuado no outro processo, e valeu tal interpretação, no trecho processual que interessa à construção deste recurso, como *ratio decidendi* da decisão pretendida impugnar. É esse sentido que a recorrente considera atentatório do princípio da

igualdade, acusando-o de induzir um tratamento discriminatório, constitucionalmente proscrito, entre exportadores que recebem a antecipação da *restituição* (que prestam garantia) e os exportadores que não recebem essa prestação antecipadamente (arrecadam-na só no final, subsequentemente ao completamento da exportação). Formariam os dois grupos o tal *par de igualdade*, alicerçado na circunstância de ambos receberem restituições à exportação [e também – e este aspeto nunca é referido pela recorrente – porque ambos estão sujeitos à eventualidade de perderem (de lhes ser retirado ou de não ser concedido, caso ainda não tenham recebido o apoio) o direito às restituições, por incumprimento das diversas condições de concessão destas], seriam os dois grupos de exportadores diferenciados, por via da interpretação do TJUE – é nestes termos que a recorrente perspetiva a questão –, no quadro consequencial da persistência da garantia prestada por quem recebeu adiantadamente o apoio estabelecido pelo DUE. Essa garantia seria acionada, no caso destes – como sucedeu com a recorrente –, sendo que, quanto aos outros exportadores, que a recorrente chama à liça enquanto termo de comparação, não teria lugar essa incidência reputada de desvaliosa.

**2.2.1.** É importante compreender, numa apreciação que pondere todos os elementos caracterizadores da situação que nos é apresentada, a realidade – o exato sentido – da diferenciação que a recorrente afirma ocorrer e assumir caráter arbitrário. É que existe um quadro geral, no qual a situação de todos os exportadores apoiados, independentemente do momento do recebimento do apoio, deve ser situada, sendo que só nessa referência adquire um sentido atuante qualquer particularidade induzida pelas formas (diferenciadas) de atribuição das chamadas *restituições à exportação* e de reversão destas por inobservância dos requisitos do apoio. Esse afirmado caráter arbitrário só nesse quadro pode ser corretamente avaliado e adquirir – adquirirá, seja esse o caso – a natureza constitucionalmente desvaliosa que é afirmada pela recorrente.

Com efeito, os exportadores que não são apoiados antecipadamente, diversamente da ora recorrente, não receberam à partida (não lhes foi adiantado) qualquer valor e, por isso, sendo muito diferente, para o prestador do apoio, o risco de desvio do fim por ele assumido no quadro da atribuição dessa prestação, não tiveram de constituir qualquer garantia. Porém, e essa circunstância faz toda a diferença, tiveram de suportar estes exportadores, até à entrega da restituição no final, a diferença, para menos, do preço de venda dos bens exportados (é essa diferença de preço, em países terceiros, que determina a concessão do apoio comunitário). Ou seja, simplificando algo a expressão dessa (suposta) diferença de situações: **(a)** o exportador apoiado antecipadamente (a ora recorrente) exporta a um preço mais baixo que o do mercado interno, sendo logo compensado dessa diferença, estando obrigado, todavia, a prestar uma garantia; **(b)** o exportador só apoiado no final, assume transitoriamente, mas efetivamente, o custo de exportar a um preço mais baixo, só sendo compensado dessa diferença mais tarde. Claro que a *performance* negativa de ambos relativamente ao cumprimento de todas as condições de atribuição do apoio conduz ao mesmo resultado, que é, em qualquer dos casos, a perda do apoio. O que varia nas duas situações é apenas a forma de efetivação da reposição desse valor, nos casos em que já foi atribuído: o acionar da garantia, no apoio que foi antecipado; a execução fiscal (cfr. artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 31/94, de 5 de fevereiro) no caso de quem não prestou garantia [esse circunstancialismo consequencial subjaz ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11/03/2015, proferido no processo 0276/14, acessível, na base de dados do IGFEJ na ligação seguinte:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b383e01a407e333c80257e0a00OpenDocument&ExpandSection=1>].

São estes, descritos em todas as suas dimensões, os dados de base do problema colocado pela recorrente ao Tribunal.



**2.3.** Está em causa, em função dos pontos de referência da questão de inconstitucionalidade, o problema da relação entre a ordem jurídica da União Europeia, aqui manifestada através de uma disposição integrante de um Regulamento interpretada pelo TJUE, e a ordem jurídica nacional, por via da pretensão de referenciar negativamente essa norma de DUE a uma norma constitucional nacional (o artigo 13.º, da CRP). Esse elemento relacional das duas ordens, que perspetiva necessariamente a impugnação ao artigo 8.º, n.º 4 da CRP, apresenta aqui a particularidade de assentar no que podemos descrever como uma projeção mediata da atividade da instância judiciária da União, ao decidir um reenvio interpretativo respeitante à mesma questão substancial ocorrido num outro processo.

Essa norma do Regulamento – que constitui direito uniforme diretamente aplicável nos Estados-membros (artigo 288.º, 2.º parágrafo, do TFUE) – adquiriu, através da interpretação do TJUE nesse anterior reenvio, relativamente ao concreto problema aqui em causa, uma natureza especial no seio do DUE, comumente identificada como *ato clarificado* (traduzindo a expressão francesa – *acte éclairé* – usualmente empregue neste contexto), identificando (a par da de *ato claro/acte clair*) um pressuposto da exceção à obrigação de reenvio impendente sobre os tribunais nacionais que julguem sem possibilidade de recurso (artigo 267.º, 3.º parágrafo, do TFUE), nos termos estabelecidos no Acórdão *Cilfit*, de 06/10/1982 (processo n.º 283/81, *Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo Sp.A c. Ministero della sanità*), no respetivo ponto 13 [onde se lê: “[a] autoridade da interpretação feita pelo [T]JUE em virtude do artigo [267.º TFUE] pode privar a obrigação [de proceder ao reenvio] do elemento que corresponde à respetiva causa, esvaziando de conteúdo essa obrigação; é assim quando, nomeadamente, a questão colocada é materialmente idêntica a uma questão que já tenha sido objeto de uma decisão a título prejudicial num caso análogo [...]”, v., aplicando este entendimento do TJUE, no quadro da incidência da primeira parte do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 328/2018 (cfr. o respetivo item 2.6.1.)].

No específico caso dos autos – que relaciona o Tribunal Constitucional português, na sua função de garante da conformidade das normas à Constituição da República Portuguesa, com o DUE –, induz o recurso um problema complexo, que tem originado no espaço jurídico europeu um vivo debate, com importantes reflexos na jurisprudência do TJUE e das diversas jurisdições constitucionais nacionais. É nesse debate que este Tribunal entrará – assumidamente entrará –, esclarecendo o alcance da norma constitucional que essa incidência convoca (o artigo 8.º, n.º 4) e que se refletirá no elemento decisório que será afirmado a final no dispositivo. Foi precisamente isso que se equacionou no despacho interlocutório de fls. 907 ao “[*antever*] a possibilidade de vir a ser proferida uma decisão de não conhecimento do objeto do recurso, num quadro limitativo da competência [do Tribunal Constitucional] decorrente da interpretação do artigo 8.º, n.º 4, [da CRP]”. Tal advertência – cuja intencionalidade a recorrente compreendeu devidamente (como evidencia a sua resposta transcrita no item 1.4.5.1., *supra*) – utiliza o sentido em que a expressão *competência* vale em ambiente judicial, referida à *medida de jurisdição de um tribunal*, mas não deixa de abarcar – e, repete-se, a recorrente compreendeu bem essa incidência do caso concreto – a força contextual que a ideia que a expressão sinaliza adquire no artigo 8.º, n.º 4. Com efeito, não correspondendo este, rigorosamente, a uma norma de competência, projeta, todavia, em termos consequencialmente bem diferenciados, espaços de alcance jurisdicional referidos à intervenção deste Tribunal, no sentido de gerarem, em função do seu distinto posicionamento no seio da norma em causa, decisões de conhecimento ou de não conhecimento do recurso derivadas de *âmbitos de competência* diferenciados que nela coexistem.

**2.3.1.** A discussão substancial implícita no artigo 8.º, n.º 4, da CRP gira, fundamentalmente, em torno do reflexo nas jurisdições dos Estados-membros de duas construções jurídicas há largos anos erigidas em princípios identitários do Direito Comunitário (do DUE, na terminologia decorrente do Tratado de Lisboa, que doravante empregaremos) pela jurisprudência do TJUE: o *princípio do efeito direto* e o *princípio da primazia ou do primado* do DUE sobre o Direito dos Estados-membros, apresentando este último uma mais direta incidência na temática do presente recurso.

Em qualquer dos casos estamos perante construções jurisprudenciais – na sua origem e em termos claramente expressos, o *efeito direto* através do Acórdão *Van Gend en Loos*, de 5 de fevereiro de 1963 (processo n.º 26/62) e o *primado* por via do Acórdão *Costa c. ENEL*, de 15 de julho de 1964 (processo n.º 6/64) – relativamente às quais os Tratados permanecem omissos, tendo falhado o que se pode descrever como a tentativa de “*codificar*” o princípio do primado através de um texto reformando os Tratados que assumiria, no quadro das fontes de DUE, a natureza de uma *Constituição* (corresponderia ao que se designou então como a *Constituição Europeia*). Essa tentativa foi empreendida através do “*Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*”, correntemente referido como *Tratado Constitucional*, assinado em 29 de outubro de 2004, cujo processo de implementação viria, todavia, a soçobrar. Ora, o texto constitucional projetado nesse contexto previa, no respetivo artigo I-6.º respeitante ao “Direito da União”, a primazia da Constituição Europeia e do direito adotado pelas instituições da União “[...] *sobre o direito dos Estados-membros*”.

Como é sabido, a frustração do processo de aprovação desse Tratado, diretamente decorrente do voto negativo nos referendos realizados em França (29/05/2005) e na Holanda (01/06/2005), criou um impasse no percurso que havia sido iniciado no Conselho Europeu de Laeken (de 14 e 15/12/2001), no qual se adotara a decisão de reestruturar os Tratados, lançando, através da realização de uma *Convenção para o Futuro da União*, um processo constituinte que era suposto conduzir à aprovação e entrada em vigor do texto da *Constituição Europeia*. Da frustração desse propósito, já na sua fase final de concretização, resultou a abertura de um outro processo de reforma dos Tratados (decisão adotada em junho de 2007 durante a presidência alemã) que conduziria à adoção do *Tratado de Lisboa*, assinado em 13 de dezembro de 2007, a culminar a presidência portuguesa, e que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009. Foi este instrumento de reforma entendido como “*solução de compromisso*” de reforma dos Tratados, fora do quadro da criação de um texto com a natureza e a terminologia próprias de uma Constituição [Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, 2019, p. 31; este processo é desenvolvidamente descrito na Sentença de 30/06/2009 do Tribunal Constitucional alemão, respeitante ao Tratado de Lisboa (BVerfG, 2 BvE 2/08), cfr., em especial, os parágrafos 2 a 33].

O Tratado de Lisboa, como que “regressando” ao *status quo* original da questão do primado, manteve o princípio fora do texto dos Tratados, referenciado, como até então sucedia – e, portanto, continuou a suceder, expressando o estado atual da questão –, à projeção do sentido decorrente do importantíssimo *desenvolvimento jurisprudencial de cariz identitário* do DUE, estabelecido, no início dos anos sessenta do século passado, através do Acórdão *Costa c. ENEL*, cujo sentido foi sempre reafirmado e reforçado ao longo dos anos pelo TJUE.

**2.3.1.1.** Não constituindo a jurisprudência *fonte formal* de Direito da União Europeia (cfr. o primeiro parágrafo do artigo 288.º do TFUE, que elenca os atos jurídicos da União: *regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres*), a presença e a projeção, através dos Acórdãos *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL* (e adiante referiremos outras decisões que partilham esta natureza *sui generis*), de uma forte expressividade identitária do DUE, conferiu uma peculiar base afirmativa criadora a estas situações de desenvolvimento jurisprudencial do Direito, que passaram a integrar um verdadeiro *acquis communautaire*, gerador de um efeito de vinculação decisória a determinados pressupostos interpretativos, definidos e projetados pelo Tribunal como correspondendo à essência significativa do DUE.

O TJUE nunca assumiu uma caracterização específica desta sua jurisprudência identitária – (“[...] *o Tribunal, nas suas decisões, não revela muito sobre a forma como concebe a natureza do seu próprio «direito do caso»*”, Tamás Szabados, “«Precedents» in EU Law – The Problem of Overruling”, *ELTE Law Journal*, 2015 – 1, disponível em: <https://eltelawjournal.hu/precedents-eu-law-problem-overruling/>, pp. 129 e 145) –, sendo este fenómeno de *vinculação* às construções jurídicas através das quais o Tribunal de Justiça foi forjando a afirmação do DUE identificado como expressão de um condicionamento decisório decorrente de “[...] *uma abordagem orientada por precedentes*”, que,

“[I]ndependentemente de se determinar se estas decisões assumem a natureza de precedentes jurídicos clássicos, o Tribunal consistentemente vem afirmando ser devida deferência a uma linha de ‘direito do caso’ que se mostre bem estabelecida. A autoridade que o Tribunal reconhece às suas decisões anteriores decorre da necessidade de garantia dos valores da coerência, uniformidade e certeza inerentes a qualquer ordem jurídica. Mas esses valores são particularmente importantes no quadro de referência de um sistema descentralizado de garantia, como sucede com a ordem comunitária” (Miguel Poiares Maduro, “Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, Working Paper IE Law School, 05/02/2008, disponível em SSRN, através da ligação: <https://ssrn.com/abstract=1134503>, pp. 9/10).

Note-se que não estamos, na perspetiva em que o TJUE assume e projeta o sentido destas decisões, perante a pretensão de induzir um mero efeito *persuasivo*, já que o Tribunal não se limita a pretender criar convencimento num grupo alargado de destinatários, designadamente nos Tribunais dos Estados-membros, fornecendo-lhes razões cuja força seja apta a gerar adesão e a encaminhar o percurso justificativo de ulteriores pronunciamentos no mesmo sentido, com base em argumentos de paralelismo ou de identidade de razão. Indo bem mais além quanto ao sentido que projeta através deste tipo de decisões, o TJUE estabelece uma construção jurídica condicionante do resultado a alcançar, sempre que essa construção, pela natureza da questão jurídica suscitada, deva ser instrumentalmente convocada, projetando assim um *efeito de captura* da interpretação que, no plano afirmativo construído pelo TJUE, se manifesta num condicionamento decisório a essa construção adrede afirmada pelo Tribunal, sendo nesse elemento que ela pode – passou a poder na sequência da sua afirmação pelo TJUE – ser caracterizada como um dado fixo (como sucederia com uma disposição expressa dos Tratados consagrando os princípios em causa), indutor de um efeito de vinculação decisória gerado por uma construção abstrata referida ao DUE, diretamente deduzida da essência teleológica profunda deste.

É nesta base que a doutrina juscomunitária projeta no DUE, enquanto *direito secundário ou derivado* jurisprudencialmente construído, os princípios gerais decorrentes dessas construções identitárias [Koen Lenaerts e Piet Van Nuffel (*European Union Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2011, p. 753) identificam essas construções como “[...] *rules created by Union institutions and bodies (secondary or ‘derived’ Union law) and other rules which have been accepted by case law as being general principles of Union’s legal order*”], valendo estas como elementos referenciais do DUE, conferindo-lhe uma base de edificação *sui generis*.

Referimo-nos especificamente ao que constitui, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, um grupo de decisões portador de grande significado, pela transcendência do seu sentido substancial, como sucede com os Acórdãos *Van Gend en Loos*, *Costa c. ENEL*, *Internationale Handelsgesellschaft* e *Simmenthal*, que originaram um núcleo identitário de princípios estruturantes do DUE, formando, no elemento decisório através deles afirmado, um conjunto qualitativamente diferenciado de decisões contendo e projetando o que poderíamos caracterizar como uma “*construção jurídica fundacional*”, com o sentido de traduzir o “[...] *reconhecimento, num quadro de ‘direito do caso’, da existência e aplicação de uma categoria básica, referida a uma questão constitucional, que é estabelecida e perdura ao longo do tempo*” (Michael J. Gerhardt, “Super Precedent”, *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, p. 1210).

A esta jurisprudência de afirmação da identidade própria do DUE há que referir, sem dúvida alguma, a fixação dos princípios estruturantes deste – o efeito direto e o primado – que possibilitaram, nas palavras de Sofia Oliveira Pais, “[...] *o nascimento de uma ordem jurídica nova, distinta da dos Estados-membros, dotada de autonomia e características próprias*” [Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial, Sofia Oliveira Pais (coord.), reimpressão da 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2018, p. 9]. De facto, “[...] *o carácter intencionalmente vago dos Tratados e a relativa rigidez das regras de revisão, ligados à natureza intrinsecamente evolutiva do processo de integração europeia, levaram o Tribunal a interpretar, desenvolver e aprofundar os Tratados e, desse modo, contribuir de forma decisiva para a elaboração e sedimentação progressivas da Ordem Jurídica das Comunidades Europeias e, posteriormente, da União Europeia. Bom exemplo disso é o facto de princípios fundamentais do Direito da União Europeia serem de criação pretoriana*” (Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, 2012, pp. 485/486), refletindo – nas palavras de Koen Lenaerts – a resposta do Tribunal de Justiça a um problema que o

interpelou desde os primórdios da sua atividade: “[...] *no começo do processo de integração europeia, o TJ foi confrontado com a seguinte questão: embora a versão original do Tratado CEE prescrevesse ao Tribunal ‘garantir o respeito do Direito na interpretação e aplicação dos Tratados’ [artigo 164.º do Tratado de Roma; atualmente com correspondência no artigo 19.º, n.º 1, do TUE], não forneciam estes qualquer definição do que constituía ‘Direito’. Assim, para dar cumprimento a tal comando constitucional de sentido autorreferente e, por isso, pressupondo a existência de uma ordem jurídica autónoma, o Tribunal Europeu de Justiça não se podia limitar a uma compreensão formalista da ideia de «juridicidade» [rule of law]. Assim, não lhe restava outra opção que não fosse a de integrar a lacuna constitucional deixada pelos autores dos Tratados.*” [“The Court’s Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice”, in *Judging Europe’s Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, (eds. Maurice Adams, Henri de Waele, Johan Meeusen, Gert Straetmans), Hart Publishing, Oxford, 2015, p.15].

Se assim não fosse – se assim não tivesse ocorrido – é fácil perceber quão diferente seria o processo de construção europeia, permanentemente colocado em crise pela subalternização da sua base de edificação – o seu próprio Direito – face à afirmação das diversas idiossincrasias e particularismos regionais, feitos atuar, nas diversas áreas comunitarizadas, através da constante sobreposição (fosse por superiorização, fosse por parificação) dos Direitos nacionais ao DUE.

Foi a compreensão do efeito desagregador deste fenómeno por parte do TJUE, “[d]esde uma fase inicial [...]” da sua atividade, que o conduziu a assumir o papel de “[...] *expoente dos alicerces normativos da integração [...]*”. De facto, “[estabelecendo] o efeito direto, o Tribunal essencialmente aboliu o monopólio do Estado na concessão de direitos, assim criando uma forma nascente de cidadania supranacional. Os julgamentos [situados numa fase inicial da atividade do Tribunal] em *Van Gend en Loos, Costa v. Enel e Internationale Handelsgesellschaft*, deram origem a um processo de constitucionalização dos Tratados, que contou com a cooperação, ou pelo menos a tolerância, quando não a aquiescência, dos tribunais nacionais dos Estados-membros e das instituições políticas da União Europeia, fortalecendo o Tribunal de Justiça, permitindo-lhe assumir o papel de *Tribunal Supremo da União*” [Takis Tridimas, “The Court Of Justice Of The European Union”, in *Oxford Principles Of European Union Law*, Vol. I (*The European Union Legal Order*), Robert Schütze, Takis Tridimas (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 582].

**2.3.1.2.** Note-se que o mesmo efeito de relativização da eficácia do DUE – *maxime*, de enfraquecimento da própria União – não deixaria de decorrer do posicionamento deste em plano de paridade com o Direito ordinário dos Estados-membros. Em tal caso, uma lei nacional contraditória com o DUE prevaleceria sobre este – poderia, em última análise, prevalecer à luz do critério cronológico de sucessão de leis: *lex posterior derogat legi priori* –, colocando-o, na sua efetividade em cada Estado, à mercê dos impulsos circunstanciais do legislador nacional. Basta recordar, como exemplo vivo desta afirmação, o trecho jurisprudencial que, no seio da jurisdição constitucional italiana, antecedeu (e veio a determinar) o pronunciamento do Tribunal de Justiça consubstanciado no Acórdão *Costa c. ENEL*.

Referimo-nos à Sentença do Tribunal Constitucional italiano, n.º 14/1964, de 07/03/1964 (disponível na seguinte ligação: <http://www.giurcost.org/decisioni/1964/0014s-64.html>), ao decidir que a relação entre as normas comunitárias e as normas nacionais não se configurava em termos distintos da que relacionaria duas fontes nacionais situadas no mesmo plano hierárquico, inexistindo fundamento – foi o que então sustentou o Tribunal Constitucional italiano – para situar as normas europeias num plano de prevalência relativamente às nacionais. Com efeito, no ponto 6 da fundamentação da *sentenza* de março de 1964 (a decisão *Costa c. ENEL* antecedentemente proferida do lado italiano do conflito) afirmou (então) a *Corte Costituzionale* “[n]ão vale[r o] argumento segundo o qual o Estado, uma vez que aceitou limitar a sua soberania [através da norma constitucional permissiva de tais limitações decorrentes da receção do direito internacional (o artigo 11 da Constituição italiana), resultante, em tal caso, do Tratado de adesão da Itália], sempre que pretendesse retomar a sua liberdade de ação, não pudesse evitar que a lei concretizadora desse objetivo incorresse no vício de inconstitucionalidade. Contra esta tese valem [– disse, então, o Tribunal Constitucional italiano –] as considerações ora expostas, conducentes ao

*entendimento de que a violação do Tratado, envolvendo responsabilidade do Estado no plano internacional, não tolhe a plena eficácia da lei consubstanciando essa violação”.*

Implicava esta afirmação – depois colocada em causa pelo Acórdão do Tribunal de Justiça *Costa c. ENEL*, e mais tarde, em 1973, ultrapassada pelo próprio Tribunal Constitucional italiano na decisão *Frontini* (sentença n.º 183/1973), que estabeleceu a chamada doutrina dos contralimites (“*dottrina dei controlimiti*”) –, nas palavras de Marta Cartabia, a perspetivação, por parte da jurisdição constitucional italiana, da interação entre o DUE e o Direito nacional nos termos seguintes:

“[...]

*Entendeu o Tribunal [Constitucional italiano] que, nas situações de conflito entre normas nacionais e as normas comunitárias, a norma mais recente prevaleceria sobre a mais antiga, independentemente da origem dessas normas. Significava isto que a Itália, e particularmente o Parlamento italiano, não estaria limitado pelas normas Comunitárias: poderia sempre aprovar uma lei contrária ao Direito Comunitário, que esta não deixaria de prevalecer na ordem interna italiana. O Tribunal foi ao ponto de afirmar que a Itália poderia até deixar de pertencer à Comunidade Europeia através de um simples ato do Parlamento nesse sentido. Claro que, escolhendo assim proceder, poderia ser responsabilizada ao nível internacional por violação do Tratado. Todavia, do ponto de vista constitucional, não estava proibida de o fazer. Obviamente que este entendimento era inaceitável para a Comunidade, posto que, se todos os Parlamentos nacionais (ou mesmo um só deles) dispusessem do poder de fazer descaso das normas comunitárias, o poder normativo da Comunidade seria esvaziado, tornando-se inútil.*

[...]”.

E acrescenta a mesma Autora, referindo-se à subsequente reação do Tribunal de Justiça,

“[...]

*[A] preocupação gerada no seio da Comunidade por esta situação foi tão profunda que o Tribunal de Justiça, confrontado com a posição do Tribunal Constitucional italiano, estabeleceu expressamente a doutrina da supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito nacional na decisão do recurso respeitante ao caso *Costa-ENEL*.*

[...]” (“The Italian Constitutional Court And The Relationship Between The Italian Legal System And The European Community”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, issue 1, 1990, p. 177).

Com efeito, ilustrando este sentimento de profunda preocupação gerado pela posição da jurisdição constitucional italiana, observamos, desde logo, no percurso na jurisdição comunitária que conduziu à prolação do Acórdão *Costa c. Enel*, a veemência da posição do Advogado-Geral, antevendo “*consequências desastrosas*” da consolidação do entendimento do Tribunal Constitucional de um Estado-Membro que nessas circunstâncias confrontou o Tribunal de Justiça:

“[...]

*Observaremos apenas [...] que o Tribunal Constitucional [italiano] se refere ao conflito entre a lei considerada e a lei [italiana] de ratificação [do Tratado], quando o que está em causa é um conflito entre a lei e o Tratado (ratificado por uma lei ordinária). Mas, aquilo em que queremos insistir são as consequências desastrosas – a palavra não é demasiado forte – que essa jurisprudência, a ser mantida, pode vir a ter no funcionamento do sistema institucional estabelecido pelo Tratado e, consequentemente, no futuro do mercado comum.*

*Com efeito, [...] este sistema baseia-se na criação de uma ordem jurídica distinta da dos Estados-membros, mas à qual está íntima e mesmo organicamente ligada, de tal forma que o respeito mútuo e constante das competências respetivas dos*

*órgãos comunitários e dos órgãos nacionais é um dos requisitos fundamentais do funcionamento do sistema conforme ao Tratado e, consequentemente, da realização dos objetivos da Comunidade. [E]ste respeito mútuo exige que as normas «Self-executing» do Tratado e os regulamentos corretamente adotados pelos órgãos executivos comunitários possam ser imediatamente aplicados nos Estados-membros. É esta a ordem jurídica instituída pelo Tratado de Roma e cabe ao Tribunal de Justiça, e só a ele, determinar o seu alcance, se for caso disso, através dos seus acórdãos.*

*Se uma jurisdição constitucional de um dos Estados-membros, na plenitude da sua competência, viesse a reconhecer que esse resultado não podia ser alcançado no quadro das normas constitucionais do seu país, por exemplo, com respeito às leis ordinárias contrárias ao Tratado, que prevaleceriam sobre o próprio Tratado, sem que nenhum juiz (nem mesmo o juiz da jurisdição constitucional) tivesse o poder de suspender a sua aplicação enquanto não fossem revogadas ou modificadas pelo Parlamento, essa decisão criaria, entre as duas ordens jurídicas, um conflito rigorosamente insolúvel e abalaria os próprios fundamentos do Tratado. Não só este não poderia, nas condições por ele previstas, ser aplicado no país em causa, mas, por uma reação em cadeia, também, provavelmente, não o poderia ser nos outros países da Comunidade [...]*” (sublinhados acrescentados).

**2.3.2.** Torna evidente a situação que acabámos de descrever – situação que conduziu em julho de 1964 ao Acórdão *Costa c. ENEL* – que o princípio do primado expressa uma funcionalidade existencial do DUE (uma “*exigência existencial*”, na expressão de Pierre Pescatore, *L'ordre juridique des communautés européennes*, ed. Bruylant, Bruxelas, 2006, p. 221), nos termos em que o Tribunal de Justiça nessa decisão o caracterizou:

“[...]”

*Diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais.*

*Efetivamente, ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios.*

*Esta integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor.*

*Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função da legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objetivos do Tratado referida no artigo 5.º, segundo parágrafo [atualmente o artigo 4.º, n.º 3 do TUE], e sem provocar uma discriminação proibida pelo artigo 7.º [atualmente o artigo 18.º do TFUE].*

*As obrigações assumidas no tratado que institui a Comunidade não seriam absolutas, mas apenas eventuais, se pudessem ser postas em causa por posteriores atos legislativos dos Estados signatários.*

[...]”.

Nessa decisão, mais do que a afirmação do primado, que, em rigor, já se encontrava presente em anteriores pronunciamentos do Tribunal de Justiça [desde logo no Acórdão *Van Gend en Loos* e, antes ainda, nos Acórdãos *Humblet c. Bélgica* (1960) e *Comissão c. Itália* (1962), cfr. Amedeo Arena, “The Twin Doctrines of Primacy and Pre-Emption”, in *Oxford Principles of European Union Law*, cit., pp. 302/303], encontramos na decisão *Costa*, no que porventura constituiu o dado mais relevante por ela projetado, a fundamentação do princípio do primado assente numa interpretação caracteristicamente teleológica, referida à intencionalidade presente na criação de uma *Comunidade*

com as peculiares características da CEE (como então era designada): *de duração ilimitada* e dotada de uma ordem jurídica própria, logo projetada nas ordens jurídicas nacionais em função da pertença a essa *Comunidade*.

**2.3.2.1.** Destaca-se, assim, neste pronunciamento do Tribunal de Justiça, como refere Maria Luísa Duarte, a “[...] *fundamentação [das] razões teóricas do primado*” [*União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade*, Lisboa, 2006 (reimpressão de 2013), p. 316], das quais não resulta, todavia – é importante sublinhá-lo –, uma construção hierarquizada da relação do DUE com os diversos Direitos nacionais, assente na afirmação de uma superioridade intrínseca daquele face a estes. Com efeito, o que avulta em tal construção é antes um somatório de razões de cariz prático ligadas à efetividade do instrumento agregador – o DUE – da realidade jurídica autónoma criada pelos Tratados – a Comunidade Europeia.

Com efeito, porque o primado (a prevalência normativa que através dele se expressa, qual *regra de decisão* destinada a atuar numa relação concorrencial ou conflitual de normas) se justifica como instrumento colocado ao serviço de uma funcionalidade organizacional complexa, quanto o é a ordem jurídica europeia – complexidade que necessita desse mecanismo para adquirir um sentido atuante global num espaço formado por ordens jurídicas díspares, que necessariamente interagem com esse espaço, gerando um ambiente propício ao surgimento de situações conflituais –, vale o primado (esgota-se ele, por assim dizer, simplificando algo as coisas) pelo efeito (pelo resultado) através dele pretendido alcançar, sem necessidade de lhe conferir uma (ou de o deduzir a partir de uma) fundamentação – digamo-lo assim – *transcendental*, ou mesmo de o posicionar, num quadro descritivo caracteristicamente *monista*, numa *hierarquia de tipo vertical*. É que o primado, o princípio construído pelo Tribunal de Justiça nos anos sessenta do século XX, mesmo nas suas projeções posteriores, designadamente no Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) ao qual adiante nos referiremos com maior detalhe, não obstante ser por vezes identificado recorrendo ao substantivo *superioridade* (referido ao DUE na sua relação com os Direitos nacionais), no que expressa um viés semântico menos preciso, “[...] *não [pressupõe] uma relação típica de infra e supraordenação entre normas [, não valendo] como exigência de prevalência hierárquica [: a] norma eurocomunitária prevalece sobre a norma interna não porque lhe seja superior, mas porque é materialmente competente para regular o litígio concreto. [...] [A] relação entre o Direito da União Europeia e os Direitos dos Estados-membros constrói-se com base no princípio da competência atribuída e por referência ao princípio da colaboração ou da complementaridade funcional entre ordenamentos autónomos*” (Maria Luísa Duarte, *Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI*, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Lisboa, 2019, p. 339). Aliás, a expressão *superioridade*, sendo dedutível do substantivo *preeminência*, que foi o efetivamente empregue pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Costa c. Enel* [*preminenza* em italiano, a língua do processo: “[*la preminenza del diritto comunitario trova conferma [...]*”]; *precedence*, na versão inglesa; *prééminence*, em francês, a expressão presumivelmente escolhida pelo relator, Robert Lecourt: “[...] *attendu que la prééminence du droit communautaire est confirmée [...]*”]; *primacia*, em espanhol; *Vorrang*, em alemão; *primado*, na tradução portuguesa], sintomaticamente não correspondeu (a palavra *superioridade*, ou mesmo a palavra *supremacia*) ao substantivo eleito para identificar a ideia pretendida afirmar, valendo em *preeminência* a sinonímia, comum às diversas línguas consideradas, com expressões (como *primazia* e *preponderância*) que de forma mais precisa captam o exato sentido da ideia pretendida afirmar: o DUE, no seu quadro de projeção direta nas ordens jurídicas do Estados-membros, pela sua própria essência e intencionalidade decorrente dos Tratados, sob pena de estiolar até à ineficácia total, carece de prevalecer sobre (de afastar, de *passar à frente*) o (do) Direito interno nas situações concorrenciais ou conflituais, não pode, enfim, no seu domínio temático próprio, ser suplantado pelo Direito interno, aplicando-se este em detrimento dele. Ou seja, o conflito criado a esse nível entre normas internas e o DUE é gerado por um *concurso efetivo* de normas válidas (válidas nos seus próprios termos para o seu domínio próprio), correspondendo essencialmente a um *concurso aparente*, cuja *antinomia* é ultrapassada com base num *critério de especialidade*, que o princípio do primado manda resolver pela aplicação da norma europeia.

Daí que o Tribunal de Justiça em *Costa c. Enel* “[...] tenha atuado mais como *Pigmalião que como Demiurgo* [...]” (Amedeo Arena, “The Twin Doctrines of Primacy...”, cit., p. 311), adaptando criativamente, em função da expectativa do resultado idealizado, a especificidade do DUE a mecanismos próprios do *Direito Internacional*: os princípios *pacta sunt servanda* e da irrelevância do Direito interno enquanto justificação do incumprimento dos tratados, ambos codificados na *Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados*, assinada em 23 de maio de 1969 [respetivamente nos artigos 26.º (“[t]odo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa-fé”) e 27.º (“[a]ma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado.[...]”)].

Tratou-se, pois – já que estava em causa (com o *Tratado CEE*) uma realidade diversa dos *tratados internacionais ordinários*, como referiu o Tribunal em *Costa c. Enel* –, de adaptar a essência significativa destes princípios de *Direito Internacional* a um quadro de possível concorrência conflitual do DUE (entendido como projeção dos Tratados) com o Direito interno dos Estados-membros, introduzindo um elemento de resolução direta desse conflito – uma *regra de decisão*, um *critério de resolução de uma antinomia*, de aplicação imediata –, sendo certo que a forte individualidade do modelo organizacional emergente do *Tratado CEE* (e foi esse o modelo eleito pelos Estados integrantes no ato fundacional da Comunidade) postulava uma resposta que, não deixando de (também) ser dedutível desses princípios de *Direito Internacional*, teria de ser substancialmente distinta da *simples* (e clássica nesse âmbito específico) responsabilização do Estado incumpridor. Teria, esse novo modelo, de captar, afirmar e fazer atuar num plano imediato, sem dependência de um arrastado procedimento reintegrador, a forte individualidade da realidade instituída por aqueles instrumentos, propiciando uma defesa, imediatamente atuante, da efetividade de uma ordem jurídica autónoma, identitariamente vocacionada a suplantar, nos seus domínios específicos de incidência, manifestações antagónicas provenientes das ordens jurídicas dos Estados-membros.

Assim sendo, as respostas ao incumprimento dos *Tratados* próprias do *Direito Internacional Público*, designadamente, os mecanismos de autotutela usuais nesse domínio – “reciprocidade no incumprimento”, “retaliação”, “contramedidas”, “suspensão de concessões equivalentes” (o chamado sistema GATT), “suspensão de direitos inerentes à qualidade de membro”, etc. –, prefiguravam-se como insuficientes ou, pura e simplesmente, inadequados. O Tribunal de Justiça cedo afirmou essa inadequação – perspetivando o eclodir de fenómenos de *incumprimento retaliatório, quid pro quo*, do DUE pelos Estados-membros – no Acórdão de 13/11/1964, proferido nos processos 90 e 91/63 (*Comissão da Comunidade Económica Europeia c. Grão-Ducado do Luxemburgo*): “[...] o sistema do *Tratado* pressupõe a proibição da prática pelos Estados-membros da autotutela jurídica [...]”. Em abono desta asserção, vale, além do mais, a evidência do efeito desagregador da Comunidade que a dinâmica própria desse tipo de respostas de autotutela induziria. Aliás, não corresponderiam sequer a uma resposta plenamente eficaz à multiplicidade de eventos gerados num quadro de interação contínua entre ordens jurídicas, mecanismos adjetivos de óbvia atuação retardada e contingente, como os decorrentes do *processo por incumprimento*, que correspondia, em rigor, ao único meio previsto no *Tratado de Roma*, desde o início da Comunidade Económica Europeia, de reação ao incumprimento do DUE pelos Estados. Veja-se, correspondendo ao modelo que vigorava ao tempo da decisão *Costa c. Enel*, a versão original constante dos artigos 169.º a 171.º do *Tratado CEE*, contendo esse procedimento de incumprimento, sublinhando-se, nesse enquadramento temporal, a não previsão de qualquer sanção para o não acatamento pelo Estado-membro da decisão do Tribunal de Justiça declarando a existência de incumprimento (cfr. o artigo 171.º); no presente – como adiante melhor veremos –, referem-se ao processo de incumprimento (e preveem a aplicação de sanções) os artigos 258.º a 260.º, do *TFUE*.

Foi precisamente a constatação do carácter insatisfatório desses mecanismos de reação ao incumprimento – face a um *não acatamento*, surgido na dinâmica da interação quotidiana das ordens jurídicas nacionais com a da União, decorrente da postergação das normas de DUE –, que conduziu, por evidente necessidade prática de garantir a efetividade imediata do DUE, à afirmação do primado deste (cfr. William Phelan, “The Revolutionary Doctrines of European Law and the Legal Philosophy of Robert Lecourt”, *The European Journal of International Law* vol. 28, n.º 3, 2017,



pp. 938/940; William Phelan, *Great Judgments of the European Court of Justice – Rethinking the Landmark Decisions of the Foundational Period*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 229/231).

**2.3.2.2.** Na dinâmica institucional da União Europeia, a resposta antagonista do desvalor consubstanciado no incumprimento das obrigações decorrentes dos Tratados pelos Estados-membros, corresponde a planos diferenciados pela respetiva incidência. Existe o que poderíamos qualificar como um *incumprimento geral*, sedado nos artigos 258.º a 260.º do TFUE. Paralelamente, referido a manifestações de descaso quanto aos valores fundamentais da União expressos no artigo 2.º do TUE, vale o processamento decorrente do artigo 7.º do TUE, estabelecido em 1999 no Tratado de Amsterdão.

Ora, o (simples) conflito de normas nacionais com normas de DUE, que constituiu em 1964 (e constitui no presente) a base de afirmação do princípio do primado, não expressando na sua essência – como quase sempre sucede – um propósito de desacato ao DUE [expressando antes, o mais das vezes, um contexto conflitual induzido por particularidades do Direito nacional, cuja base de incidência no processo interativo da União com os Estados-membros os Tratados não deixam de integrar (cfr. os artigos 4.º, n.ºs 1 e 2 e 5.º, n.ºs 1 e 2, do TUE)], traduz um fenómeno impossível de afastar em qualquer interação entre sistemas normativos autónomos – mais ainda numa relação com a complexidade gerada pela construção europeia –, postulando um enquadramento especificamente talhado em função da necessidade prática de uma resolução imediata, a qual, não obstante, se integre numa estratégia de gestão conflitual desencadeadora de cooperação, por esbatimento da potencialidade de confrontação.

Diversamente, a reação ao incumprimento – ao incumprimento *tout court* – estabelecida nos Tratados, na versão inicial, contemporânea de *Costa c. Enel*, e na atual, tanto na resposta formada pela compaginação dos artigos 7.º e 2.º do TUE, como na decorrente dos artigos 258.º a 260.º do TFUE, envolve, em qualquer dos casos, algo bem mais expressivo, pressupõe, enfim, uma realidade diferente das vicissitudes relacionais geradas num processo dinâmico de interação entre ordens jurídicas autónomas cujo desenvolvimento cria atrição, mas tende a conduzir a ajustamentos e integração.

Vale, pois, a adjectivação do incumprimento, nos termos previstos nos Tratados, para situações substancialmente distintas do que poderíamos designar como o *dia a dia* dos conflitos normativos ativadores do princípio do primado. Sendo o processo por incumprimento geral ou comum (artigos 258.º a 260.º do TFUE) um meio contencioso de *ultima ratio* – que até pode estar ligado a situações mais graves de inobservância do princípio do primado pelos Estados-membros –, a evolução que o mesmo registou ao nível do direito originário foi no sentido da sua eficácia: seja através da previsão de um processo por *incumprimento em segundo grau* (artigo 260.º, n.º 2, do TFUE); seja através da aplicação de sanções pecuniárias aos Estados-membros, primeiro numa ação por incumprimento em segundo grau [através de um segundo julgamento, v. o artigo 260.º, n.º 2, do TFUE; cfr. Bernard Schima, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Manuel Kellerbauer, Jonathan Tomkin (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 1789/1790] e, depois do Tratado de Lisboa, também, em certos casos, numa *ação por incumprimento em primeiro grau* (artigo 260.º, n.º 3, do TFUE; *ibidem*, p. 1793).

Mais recentemente, sobretudo a par da evolução registada em matéria de controlo do incumprimento dos valores da União (artigos 2.º e 7.º do TUE), em especial o da *rule of law* e do respeito pelos direitos fundamentais contidos na Carta (Dimitry Kochenov, *ibidem*, pp. 88/98), o incumprimento tem sido frequentemente caracterizado como *violação sistémica* reportada a valores básicos da União, ou que consistentemente pressagie esse resultado – quer no específico quadro do processo por incumprimento quer, inclusive, no quadro de questões prejudiciais colocadas por órgãos jurisdicionais nacionais.

Com efeito, este conceito, “[...] de incumprimento ‘sistémico’ ou ‘estrutural’[.] não é completamente estranho à jurisprudência do TJ], que admite que os Tratados não excluem a hipótese de tratamento de um número significativo de situações com base nas quais a Comissão considere que um Estado repetidamente e durante um longo período incumpriu as obrigações a que está adstrito, ou seja, uma «violação estrutural e generalizada» (ac. do TJ de 26/04/07, Comissão/Itália, proc. C-135/05, n.ºs 18-23, em especial 22 (ECLI:EU:C:2007:259) [...]” (Maria José Rangel de Mesquita, “União Europeia e incumprimento estadual: novos rumos?”, nos *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Coimbra, 2019, p. 1753, nota 127). Assim se acolhe, no DUE, um conceito próximo ao que subjaz e gera os procedimentos agregados conducentes aos designados *Acórdãos-piloto* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (nesse quadro codificados, desde 2011, na *Regra 61.º* do Regulamento do TEDH: “[o] Tribunal pode decidir aplicar o procedimento de acórdão-piloto [...] quando os factos na origem de uma queixa revelam a existência, na Parte Contratante implicada, de um problema estrutural ou sistémico ou de outra disfunção semelhante na origem de, ou que seja suscetível de originar, outras queixas análogas”).

Note-se que a ideia de uma *deficiência* ou *falha sistémica*, expressão de um desvalor qualitativamente superior, diferencia-se de uma situação conflitual ativadora do primado, visando antes situações particularmente problemáticas, desde logo, e como manifestações mais evidentes do desvalor em causa, com correspondência no parágrafo 2.º do artigo 7.º do TUE (que pressupõe, como elemento desencadeador da reação nele prevista, “[...] uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-membro, de algum dos valores referidos no artigo 2.º [...]”).

Com efeito, “[p]ara identificar este tipo de situações são empregues diversas expressões: [incumprimento] ‘geral’, ‘estrutural’ ou ‘essencial’. Todavia, a expressão mais frequente na identificação da situação é ‘sistémica’: a que melhor captura o sentido profundo das situações visadas, distinguindo-as de disfunções ‘normais’, estabelecendo um contexto geral de compreensão do fenómeno na sua singularidade” (Armin von Bogdandy, “Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies”, agosto, 2019, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2019-14*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3431303>). E, enfim, o mesmo não deixa de suceder com o já aludido *processo geral por incumprimento* previsto nos artigos 258.º a 260.º do TFUE, também referido, quanto à sua fase contenciosa, como “ação por incumprimento do Direito da União por um Estado-membro”, destinado(a) a obter uma decisão do TJUE declarando essa situação de incumprimento e instando o Estado visado a pôr fim a tal conduta, sem prejuízo da fixação de sanções pecuniárias respeitantes ao incumprimento, conforme os casos, em primeiro e segundo grau, nos termos dos n.ºs 3 e 2 do artigo 260.º do TFUE (ou seja, em julgamento único, integrando a dimensão declarativa e sancionatória, ou em julgamento diferenciado sequencialmente dirigido a cada uma dessas dimensões, cfr. Koen Lenaerts, Ignace Maselis, Kathleen Gutman, *EU Procedural Law*, cit., pp. 159/160 e nota 7 da p. 159). Nestes casos, a jurisprudência do TJUE, caracterizando a adequação da ação de incumprimento sediada no TFUE, reconduz a situações de incumprimento “*geral e persistente*” ou “*generalizado*” (expressões empregues, em tal contexto, no Acórdão de 26/04/2005, processo C-494/01, *Comissão c. Irlanda*, cfr. parágrafo 27), ou, na referência ao aparelho judiciário dos Estados-membros, que envolvam a consolidação de uma corrente decisória contrária ao DUE (*ibidem*, pp. 166/167, citando o Acórdão de 09/12/2003, processo C-129/00, *Comissão c. Itália*, cfr. parágrafo 32).

Aliás, na captação do sentido da diferença substancial entre esse *incumprimento* (qualificado) e o mero conflito entre normas de DUE e de Direito dos Estados-membros – o pressuposto normal do acionamento, enquanto *regra de decisão*, do princípio do primado –, basta considerar, na identificação da primeira situação, a presença recente na jurisprudência do TJUE, tanto no quadro de reenvios prejudiciais como de processos por incumprimento, de situações particularmente expressivas, em que o Tribunal foi confrontado com a questão do *incumprimento*. Em todas essas ocasiões esteve (está) em causa, invariavelmente, um grau qualitativamente superior de desconformidade ao comportamento devido, o qual é visto como expressão de um *incumprimento estrutural* dos valores da União em situações de grave desafio. Isso sucedeu, designadamente, no Acórdão LM, de 25/07/2018 (processo C-216/18 PPU) e, referindo-se especificamente a uma ação por

incumprimento (artigo 258.º do TFUE), no Acórdão *Comissão Europeia c. República da Polónia*, de 24/06/2019 (processo C-619/18). Na primeira decisão (*LM*), aliás (v. os respetivos parágrafos 60 e 61, com correspondência no dispositivo), o conceito de “*falhas sistémicas ou generalizadas*”, por parte de um Estado-membro, referidas a valores centrais do DUE, como os expressos no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), assume no seio do DUE, na caracterização do Tribunal, o sentido de uma verdadeira exceção intrasistémica, apta a fornecer um fundamento contextual à inobservância de disposições deste [no caso focado no Acórdão *LM*, as decorrentes da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13/06/2002, relativas ao mandado de detenção europeu; no mesmo sentido, cfr. o Acórdão *Aranyosi e Căldăraru*, de 05/04/2016 (processos C-404/15 e C-695/15 PPU), no parágrafo 93 e na fórmula decisória, e o Acórdão *Dorobantu*, de 15/10/2019 (processo C-128/18), nos parágrafos 50 e 54 e na fórmula decisória; note-se, confirmando esta asserção, que no Acórdão *AK*, de 19/11/2019 (processos C-624/18 e C-625/18), chegou o TJUE à mesma ideia de *falha sistémica*, afirmando-a, todavia, por outras palavras, destacando a essência significativa do conceito, captada pela perspetivação agregada de manifestações parcelares: “[...] *embora um ou outro dos elementos assim destacados pelo referido órgão jurisdicional possa não ser criticável em si, sendo abrangido, neste caso, pela competência dos Estados-membros e pelas escolhas efetuadas por estes, a sua combinação, aliada às circunstâncias em que essas escolhas foram efetuadas, pode, em contrapartida, levar a que se duvide da independência de um órgão chamado a participar no processo de nomeação de juízes, apesar de, quando os referidos elementos são considerados separadamente, tal conclusão não se impor*” (sublinhados acrescentados)].

**2.3.2.2.1.** Tratou-se, pois, com a afirmação do primado referida ao DUE – e é o elemento que aqui importa reter –, de perspetivar (em termos distintos de uma situação de incumprimento) uma realidade muito particular, expressa na asserção, presente em *Costa c. Enel*, de que os Estados integrantes, ao instituírem um quadro assente numa tão forte integração (ou ao aderirem a esse quadro) deram vida a uma realidade muito específica, distinta da usualmente decorrente dos tratados internacionais ordinários, postulando esse caráter peculiar um tipo de primazia normativa diferente, porque baseado num instrumento qualitativamente diferenciado daqueles na sua intencionalidade. É assim, como refere Maria Luísa Duarte, que o Tribunal de Justiça “[...] *justifica a obrigação de aplicar a norma comunitária, ainda que contrária à legislação interna posterior, com a ideia da autolimitação, fundamento do princípio contratualista. [...] [O] primado é [pois,] um produto de engenharia constitucional destinado a dar resposta adequada à exigência integracionista de limitações externas à soberania dos Estados*” (*Direito Internacional Público*, cit., p. 340).

Em suma, estando em causa, com a criação da Comunidade Europeia, um modelo organizacional portador de uma identidade tão marcada, assente na criação de uma ordem jurídica autónoma e dotada de *vida própria* (produção legislativa própria), substancialmente diferenciada da dos Estados integrantes, envolvendo esse modelo, como destinatários diretos, os Estados e os seus nacionais – e tendo tudo isso sido criado e aceite pelos Estados-membros: “*os Senhores dos Tratados*” –, carece esse mesmo modelo de um mecanismo de efetiva projeção da sua intencionalidade global no confronto com a realidade parcelar, onde esta tenha sido objeto de uma legítima preclusão temática por banda daquela.

**2.3.2.3.** Não obstante esta característica vocacional do princípio do primado caracterizado em *Costa c. Enel*, a de atuar diretamente sobre o conflito normativo, resolvendo-o através da preeminência do DUE, distingue-se o mesmo das construções jurídicas típicas dos sistemas federais, assentes, com gradações diversas, no princípio da *supremacia* da ordem jurídica federal (v. o Artigo VI, Cláusula II, da Constituição dos Estados Unidos da América e o artigo 31.º da Lei Fundamental de Bona). Sem prejuízo da grande diversidade dos modelos federais, largamente decorrente de experiências históricas e arquiteturas institucionais distintas, nestes os tribunais do nível federal têm invariavelmente a competência para apreciar a conformidade da lei estadual com a ordem jurídica

federal; pelo contrário, o TJUE não pode syndicar os atos legislativos dos Estados-membros. Assim, nos sistemas federais a unidade da ordem jurídica é assegurada pelo poder judicial da federação – nisto reside a *supremacia* do direito federal –, ao passo que o primado do DUE depende inteiramente da prioridade aplicativa que lhe seja dada pelos tribunais nacionais. Na eventualidade de estes se recusarem a reconhecer o primado, os únicos instrumentos de garantia ao dispor da União Europeia são os mecanismos de responsabilidade por incumprimento. O primado do DUE encontra-se, por isso, a meio caminho entre a supremacia do direito federal e a garantia do direito internacional, nisto se refletindo a natureza peculiar do processo de integração europeia.

Como é sublinhado por Amedeo Arena (“The Twin Doctrines of Primacy...”, cit., p. 308): “[...] a construção do primado na União Europeia não acarreta a invalidade do Direito nacional, mas apenas a desaplicação deste até onde ele se mostre incompatível com o [DUE] diretamente aplicável à situação em causa. Daí que o Direito nacional permaneça válido e eficaz fora da área de sobreposição com o DUE, designadamente nas situações puramente internas dos Estados, sem transcendência comunitária. Além disso, o TJUE, contrariamente ao que sucede com a generalidade dos tribunais federais, não dispõe de autoridade para invalidar medidas nacionais que diverjam do DUE. Esta circunstância confere à doutrina do primado um sentido necessariamente bidimensional: enquanto a enunciação deste constitui domínio exclusivo do TJUE, a sua aplicação concreta constitui tarefa dos tribunais nacionais. A base de confiança na cooperação dos Estados-membros que esta circunstância envolve, marca, possivelmente, a diferença distintiva da União Europeia das doutrinas da supremacia federal”.

**2.3.2.3.1.** A este enquadramento do primado, caracterizado pelo afastamento de manifestações de *federalismo jurídico* na incidência do DUE sobre o dos Estados-membros, constituirá exceção a situação decidida no Acórdão do TJUE de 26/02/2019 (*Ilmārs Rimševičs c. República da Letónia*; processos C-202/18 e C-238/18), resultante do caso especial previsto no artigo 14.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Protocolo relativo aos *Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu*, em que o TJUE invalidou diretamente (*anulou*) uma medida interna divergente do DUE. Constituindo este um caso único de reação própria de tribunais federais referida ao TJUE, adquire, porém, a natureza de uma exceção, que se compreende – só se compreende – no contexto de uma competência exclusiva da União, como sucede com a política monetária, “[...] para os Estados-membros cuja moeda seja o euro” (artigo 3.º, n.º 1, alínea c), do TFUE; isto mesmo foi sublinhado, ainda antes do Tratado de Lisboa, por Maria José Rangel de Mesquita, *O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias Sobre os Estados Membros*, Coimbra, 2006, pp. 510/511; cfr., Maria Luísa Duarte, “O Banco Central Europeu e o Sistema Judicial da União Europeia: Supremacia Decisória e Controlo da Legalidade”, nos *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Lisboa, 2006, pp. 172/173).

**2.3.3.** O princípio do primado, expressando na sua essência um modelo decisório assente na sobreposição do DUE no confronto com os Direitos nacionais, necessariamente projeta, pela sua funcionalidade intrínseca, efeitos de exclusão nas ordens jurídicas internas. A esse efeito corresponde (acaba necessariamente por corresponder) a afirmação da prevalência das normas de DUE em detrimento das normas nacionais, devendo acrescentar-se que a projeção deste efeito vale (*rectius*, valeu sempre para o Tribunal de Justiça e vale, no presente, para o TJUE) relativamente ao conjunto do Direito nacional, independentemente da sua natureza e estatuto hierárquico interno.

É este, com efeito, o entendimento do alcance do primado, no quadro referencial construído pelo TJUE, que sempre o afirmou, indistintamente, relativamente “[a] todas as normas de direito interno dos Estados-membros independentemente do seu nível hierárquico, incluindo, portanto, as de natureza constitucional” (Patrícia Fragoço Martins, “Princípio do Primado...”, cit., p.53). Note-se que tal ideia – a de que a natureza constitucional do Direito interno dos Estados-membros em caso algum afastaria o primado do DUE – já estava implícita na construção originária do princípio em 1964 no Acórdão *Costa c. ENEL*. Aí a observamos, com efeito, na expressividade abrangente e incondicionada da seguinte

passagem: “[...] *ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade. A transferência efetuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com o conceito de Comunidade*”.

**2.3.3.1.** Não obstante, a afirmação inequívoca da vigência do princípio do primado no caso das normas constitucionais dos Estados-membros – que poderemos descrever como o assumir da projeção deste a um estágio superior (acrescentando-lhe, sem dúvida, uma nova camada de assertividade) – só veio a constar de uma decisão do Tribunal de Justiça proferida em 17/12/1970, o Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (processo n.º 11/70).

Na origem deste pronunciamento do Tribunal de Justiça encontramos o reenvio prejudicial de um Tribunal alemão questionando a validade de um regime (com algum paralelismo com o que está em causa no presente processo) previsto num Regulamento comunitário (o Regulamento n.º 120/67/CEE, do Conselho de 13/06/1967), que subordinava a emissão de certificados de importação e de exportação à constituição de uma caução garantindo o cumprimento do compromisso de importar ou exportar dentro do prazo de validade desse certificado. Ora, o órgão de reenvio, o Tribunal Administrativo de Frankfurt, havia adiantado considerar tal regime comunitário, quanto aos elementos condicionadores da exportação (a obrigatoriedade de prestação de caução), incompatível com os princípios gerais, consagrados na Lei Fundamental alemã, de liberdade de ação e da proporcionalidade na restrição de direitos.

A posição assumida pelo Tribunal de Justiça em *Internationale Handelsgesellschaft*, na afirmação desse nível de entendimento do princípio do primado, articulou-se em torno de dois eixos argumentativos, sequencialmente expressos nos pontos 3. e 4. da fundamentação do Acórdão:

“[...]”

*3. O recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos atos adotados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-Membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afetar a validade de um ato da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado.*

[...]” (sublinhado acrescentado).

A esta afirmação de princípio – que encerra a especificidade da projeção do entendimento anterior do Tribunal, no Acórdão *Costa c. ENEL*, quanto ao sentido do primado relativamente às normas constitucionais dos Estados-membros (no caso, normas atinentes a direitos fundamentais) – seguiu-se a introdução pelo Tribunal de uma certa *nuance*, expressa no ponto 4. do Acórdão, que viria a conferir à ideia de primado, quando situado neste plano, um contexto significativo muito particular, relacionado com a tutela dos direitos fundamentais no quadro da aplicação jurisdicional do DUE. Com efeito, referiu nessa ocasião o Tribunal de Justiça:

“[...]”

4. *Convém, no entanto, analisar se não terá sido violada qualquer garantia análoga, inerente ao direito comunitário. Com efeito, o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objetivos da Comunidade. Convém, pois, analisar, à luz das dúvidas manifestadas pelo tribunal administrativo, se o regime de cauções terá violado os direitos fundamentais cujo respeito deve ser assegurado no ordenamento jurídico comunitário.*

[...].

Na sequência desta afirmação, desenvolveu o Tribunal de Justiça, nos passos subsequentes do Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, uma argumentação direcionada à demonstração, com base num juízo de proporcionalidade, da compatibilidade das disposições do Regulamento, cuja validade fora questionada pelo órgão jurisdicional de reenvio, aos direitos fundamentais invocados por esse mesmo órgão. Nesse quadro de análise concluiu o Tribunal o seguinte:

“[...]

12. [A] exigência de certificados de importação e de exportação, que comportam para os beneficiários o compromisso de efetuar as operações previstas mediante a garantia de uma caução, constitui uma medida necessária e apropriada com vista a permitir às autoridades competentes determinar da forma mais eficaz as suas intervenções no mercado dos cereais.

[...].

Sublinhamos a circunstância de a (re)afirmação do princípio do primado, na específica dimensão introduzida pelo Tribunal no ponto 3. do Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft* – o primado vale, nos exatos termos afirmados em *Costa c. ENEL*, no confronto com normas constitucionais internas relativas a direitos fundamentais –, ter sido integrada no especial contexto decorrente da afirmação seguinte – no transcrito ponto 4. –, e concretizada no subsequente processo argumentativo do Acórdão, culminando na conclusão contida no ponto 12. Expressou esse contexto o assumir pelo *Tribunal de Justiça* – estávamos em 1970 – do controlo da conformidade do DUE aos *direitos fundamentais*, correspondendo a pretensão de tutela destes nos (e só através dos) quadros constitucionais nacionais à essência da resistência (ou da negação), nesse plano, da ideia de primado. Esta incidência do Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft* é sublinhada por Rui Manuel Moura Ramos (“Situação e desafios da proteção dos direitos fundamentais na União Europeia”, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º, n.º 4000, setembro-outubro, 2016, p. 44), acrescentando que essa construção da decisão envolveu a correção do “[...] *que constitui uma falsa partida, no caso Storck [de 1959], em que o [TJUE] exclu[ra] a possibilidade de considerar, como parâmetros de validade dos atos comunitários, normas nacionais qualquer que fosse a sua natureza, inclusivamente de carácter constitucional [...]*”.

Sintomaticamente, o primeiro passo dado pelo Tribunal de Justiça neste *diálogo* de jurisdições (falando de *diálogo* expressamos uma ideia que a observação em *continuum* da interação entre o TJUE e os Tribunais Constitucionais nacionais nos sugere vivamente) pode ser qualificado – usando um paradoxo que é aparente – como uma *confrontação conciliatória*, no sentido em que o Tribunal, assumindo como própria uma competência material enfaticamente afirmada por uma outra jurisdição (afirmar uma competência própria significou excluir a competência de alguém), integrou no percurso argumentativo conducente a essa decisão – *rectius*, integrou na respetiva *ratio decidendi* – o que consabidamente constituía a *gramática* própria do constitucionalismo germânico – expressa no *princípio da proporcionalidade* –, com a qual (com o qual) o Tribunal Administrativo de *Frankfurt am Main* confrontara nessa ocasião o Tribunal de Justiça no pedido de decisão prejudicial respeitante à validade de uma norma de Direito Comunitário. Aquele Tribunal nacional, com efeito, submetera “[...] *duas questões relativas à validade do regime dos certificados de exportação e da caução com ele conexa [...]*

*previsto no Regulamento n.º 120/67/CEE [...]” (transcrevemos a enunciação constante do ponto 1. do Acórdão), considerando antecipadamente (o Tribunal de reenvio) que esse “[...] regime de cauções seria contrário a certos princípios estruturais do direito constitucional nacional que deveriam ser salvaguardados no âmbito do direito comunitário, pelo que a primazia do direito supranacional deveria ceder perante os princípios da lei fundamental alemã. Mais especificamente, o regime de cauções violaria os princípios da liberdade de ação e de disposição, da liberdade económica e da proporcionalidade que resultam, designadamente, dos artigos 2.º, n.º 1, e 14.º da Lei Fundamental”, acrescentando nesse pedido de pronúncia, que se vinha recusando, na ordem interna, “[...] a admitir a validade das disposições em causa [...]” (lê-se no ponto 2. do Acórdão do Tribunal de Justiça, descrevendo a posição do Tribunal de reenvio).*

Desde logo, é significativo sublinhar a importância da decisão *Internationale Handelsgesellschaft*, ao transpor para fora do espaço jurídico alemão – e foi a primeira decisão judicial a fazê-lo (cfr. Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 11 e nota 6) – o que aí, nessa jurisdição, desde o final da década de 50 do século passado, através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, adquirira um estatuto central no Direito Constitucional [a esse propósito referem estes Autores: “[a] proporcionalidade emergiu como doutrina no Direito Administrativo prussiano do século XIX, através da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo da Prússia. Apenas após a II Guerra a doutrina começou a espalhar-se no espaço jurídico germânico, aí adquirindo, rapidamente, uma crescente força. A primeira fase deste processo de alastramento consistiu na migração gradual da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional alemão, no final dos anos 50 princípio dos anos 60, através de diversas decisões marcantes proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal [em nota os Autores remetem para os casos *Liith* (BVerfGE 7, 198) e das *Farmácias* (BVerfGE, 7, 377), ambos de 1958]. Pouco depois a proporcionalidade adquiriu o estatuto de doutrina central do Direito Constitucional alemão, aplicada em praticamente todos os casos marcantes. [...] A proeminência da jurisprudência constitucional alemã no Direito da União Europeia, constituiu um fator central na adoção e expansão da doutrina da proporcionalidade para além da Alemanha, primeiramente pelo Tribunal de Justiça em 1970 [em nota remetem os Autores para o Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*] e, depois, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em 1976 [em nota remetem os Autores para a decisão *Handyside v. The United Kingdom*” (*ibidem*, pp. 10/11 e notas 4, 6 e 7)].

A análise do modelo decisório construído pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft* fornece-nos importantes elementos de compreensão do subsequente processo de diálogo travado entre a jurisdição europeia e as jurisdições constitucionais nacionais, com destaque para a jurisdição constitucional alemã, à qual especificamente se dirigiu no caso concreto, mas argumentando em termos que projetaram uma clara intencionalidade de âmbito geral. Todavia, na compreensão da essência significativa desta decisão, concretamente na sua vocação expansiva, importa ter presente que o Tribunal de Justiça interagiu, nesse contexto, com um tribunal alemão num quadro em que este referira àquele uma questão de validade do Direito Comunitário derivado, utilizando como parâmetro dessa validade o Direito Constitucional alemão – expressivamente identificado como relativo a “[...] princípios estruturais do direito constitucional nacional [...]” – afirmando a primazia deste face ao direito supranacional.

A construção decisória em que assentou o Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, quanto à inclusão de um juízo de proporcionalidade na aferição da validade da disposição comunitária questionada pelo Tribunal Administrativo de Frankfurt, foi expressamente sugerida ao Tribunal de Justiça nas conclusões do Advogado-Geral (cfr., referindo expressamente a esta posição o caminho decisório adotado pelo Tribunal de Justiça, Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 184/185 e Vitalino Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra, 2017, p. 106). Nessas conclusões, após a enunciação do problema que nesse contexto processual era colocado ao Tribunal de Justiça [afirmando que “[essas] questões [...] no que diz respeito à legalidade interna das medidas impugnadas[,] prendem-se todas com um único problema, o de saber se as medidas respeitam ou não o princípio dito da «proporcionalidade» segundo o qual apenas podem ser impostas aos particulares, com fundamento na prossecução do interesse geral, as obrigações estritamente necessárias para que essa finalidade seja atingida.” (ponto II das

conclusões)], enunciou o Advogado-Geral a possível *fonte jurídica* desse princípio no quadro do DUE (“[...] *de quelle ‘source juridique’ ce principe doit tirer sa force pour être opposable à un acte pris par les autorités communautaires*”), configurando a esse respeito três alternativas interpretativas: (1) “[...] *a do tribunal de Francforte [que estava em causa nesse processo] que consiste em afirmar que, de acordo com o princípio da proporcionalidade que resulta da combinação dos artigos 2.º e 12.º da lei fundamental da República Federal da Alemanha, os atos comunitários não podem violar essas normas constitucionais, tese da qual esse órgão jurisdicional tirou todas as consequências já que, antes de tomar a decisão que reenviou esta questão, declarou inválidas, por serem contrárias à lei fundamental, as disposições que se encontram agora impugnadas perante o Tribunal de Justiça*”; (2) “[...] *a [alternativa] delineada pelo tribunal administrativo do Land de Hesse [num processo paralelo] e que consist[ia] em encontrar a fonte jurídica desse princípio de proporcionalidade no direito não escrito da Comunidade, nos princípios gerais do direito comunitário*”; (3) “[...] *por fim, a [alternativa] que vos proponho e que no presente caso consiste em encontrar a fonte jurídica desse princípio numa disposição expressa e bem clara do Tratado*”. Esta opção – por uma norma expressa do Tratado – foi reconduzida *in casu* ao “[...] *artigo 40.º do título II consagrado à agricultura [atualmente o artigo 40.º, n.º 2, do TFUE] e d[o] qual resulta que a organização comum de mercado, estabelecida com a finalidade de atingir os objetivos constantes no artigo 39.º, apenas pode comportar as medidas necessárias para atingir os objetivos definidos [nesse mesmo] artigo 39.º*”.

Foi esta a opção seguida pelo Tribunal de Justiça em *Internationale Handelsgesellschaft*, concluindo, quanto à legalidade do regime das cauções em causa (a primeira questão colocada pelo tribunal de reenvio), para além do já citado ponto 12 do Acórdão, “[...] *que o regime dos certificados [de exportação], que envolve para quem os requer o compromisso [...] de exportar garantido por uma caução, não viola qualquer direito fundamental. O mecanismo de cauções constitui um meio apropriado, na aceção do artigo 40.º, n.º 3 do Tratado, à organização comum dos mercados agrícolas e é, de resto, conforme às exigências do artigo 43.º*” (ponto 20). E quanto à segunda questão formulada pelo Tribunal Administrativo de Frankfurt no reenvio – “[...] *saber se, no caso do Tribunal confirmar a validade da disposição em causa do Regulamento n.º 120/67, o artigo 9.º do Regulamento n.º 473/67 da Comissão, adotado em aplicação do primeiro Regulamento, é conforme ao direito, dado que apenas exclui a perda da caução em caso de força maior*” (ponto 21) –, resultando desta (da segunda questão) que esse Tribunal “[*considerava*] *excessiva e contrária aos princípios acima referidos a disposição do artigo 1.º do Regulamento n.º 473/67, cujo efeito é o de limitar apenas às «circunstâncias que devam ser consideradas como caso de força maior» o cancelamento da obrigação de importar ou de exportar e a restituição da caução [...]*”, acrescentando “*o tribunal administrativo, à luz da sua experiência, considerar essa disposição [...] demasiado estrita, dado que deixa a cargo dos exportadores a perda da caução em circunstâncias em que a exportação não tenha tido lugar devido a razões válidas, mas não assimiláveis a um caso de força maior no sentido estrito do termo*” (ponto 22). Quanto a esta segunda questão, o Tribunal de Justiça fundou a sua resposta negativa na seguinte consideração conclusiva (ponto 25): “[...] *ao limitar aos casos de força maior o cancelamento do compromisso de exportar e [da] restituição da caução, o legislador comunitário adotou uma disposição que, sem impor um encargo indevido aos [...] exportadores, é apropriada com vista a assegurar o funcionamento normal da organização de mercado dos cereais, no interesse geral, tal como este é definido no artigo 39.º do Tratado [...]*”.

**2.3.3.2.** A decisão *Internationale Handelsgesellschaft* originou, em maio de 1974, no seu seguimento na jurisdição constitucional alemã, a sentença comumente designada como *Solange I* (BVerfG, Beschluss vom 29.Mai 1974 – AZ. 2 BvL 52/71).

Nesta observamos a recusa de aceitação do tipo de primado nesse contexto estabelecido pelo TJUE, embora essa recusa nos apareça algo mitigada, no seu efeito prático, pela afirmação da conformidade à *Grundgesetz* das disposições de DUE aí em causa, exautorando-se, assim, o entendimento do Tribunal Administrativo de Frankfurt, mantendo a incidência no caso concreto das disposições comunitárias condicionantes da exportação (em rigor, o Tribunal Constitucional Federal confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça quanto à justificação, face ao princípio da proporcionalidade, dos condicionamentos comunitários à atividade de exportação). Porém, quanto à questão do primado, considerou o *Bundesverfassungsgericht* – empregando uma formulação que se tornaria clássica na abordagem da relação da ordem jurídica comunitária com a ordem constitucional



alemã – que, *enquanto* (*solange*) a Comunidade Europeia não propiciasse um nível de proteção dos direitos fundamentais equivalente ao da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional não poderia aceitar uma projeção do princípio do primado nos termos absolutos afirmados pelo Tribunal de Justiça, já que daí resultaria uma alienação, sem credencial constitucional, de um elemento identitário essencial da Lei Fundamental de Bona, a proteção dos direitos fundamentais com o exato nível propiciado pelo controlo exercido na jurisdição constitucional alemã. E isso não sucedia – estávamos em 1974 – com a ordem jurídica comunitária.

Doze anos mais tarde, em 1986, esta posição viria a evoluir consideravelmente no Acórdão *Solange II* (BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, Az.: 2 BvR 197/83), reconhecendo o Tribunal existir, na evolução entretanto operada no DUE e no quadro jurisdicional próprio da União, facilmente identificável através de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça, um nível de proteção dos direitos fundamentais muito semelhante ao decorrente da Lei Fundamental, e concretamente ao conferido pelo Tribunal Constitucional alemão. Assim – e foi esse o sentido da decisão *Solange II* –, *enquanto* se mantivesse esse estado de coisas – ou seja, esse nível substantivo e adjetivo de proteção – o *Bundesverfassungsgericht* pura e simplesmente não interviria no controlo do DUE.

Importa sublinhar, já que expressa a essência evolutiva da interação do Tribunal Constitucional alemão com o Tribunal de Justiça, da primeira à segunda decisão *Solange* (sendo que o sentido da última marcou fortemente o acervo decisório posterior daquele Tribunal a respeito do DUE), que a conjunção temporal *enquanto*, expressando em ambas as decisões uma limitação à projeção (ilimitada) do primado, com o sentido afirmado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, como que inverteu, da primeira para a segunda decisão, o seu significado: (1) afirmava-se (em *Solange I*) que a jurisdição constitucional interna interviria – como nesse caso interveio, admitindo o recurso e controlando a conformidade constitucional (interna) do DUE – *enquanto* a Comunidade Europeia não garantisse – como entendeu não garantir – o mesmo nível de proteção existente na ordem interna; (2) passou a afirmar-se (em *Solange II*) que o Tribunal Constitucional nacional não interviria – e foi o que efetivamente sucedeu ao considerar-se o recurso em causa inadmissível – *enquanto* o nível de proteção comunitário fosse equivalente ao interno, como passou a suceder subsequentemente a *Solange I*.

Esta evolução, no seio da jurisprudência constitucional alemã, da semântica condicionante do entendimento do Tribunal de Justiça quanto ao primado, captando mudanças efetivamente ocorridas no quadro comunitário de proteção dos direitos fundamentais, envolveu uma dose substancial de subtileza argumentativa no tratamento do problema de base – o carácter absoluto do primado invariavelmente afirmado pelo Tribunal de Justiça. Com efeito, correspondeu tal evolução a uma abordagem de evitação de uma situação de conflito potencial, através do esvaziamento prático do elemento confrontacional envolvido (a existência de visões distintas quanto à incidência do primado nas normas constitucionais nacionais), reduzido no seu alcance a manifestações extremas cuja ocorrência, observando, desde logo, a caracterização da proteção comunitária dos direitos fundamentais efetuada pelo próprio *Bundesverfassungsgericht* em *Solange II*, seria muito pouco provável. É assim que Stephen Weatherill, caracterizando a posição do Tribunal Constitucional alemão, sublinha a permanência da condicionante (*enquanto*), acrescentando, porém, ser muito reduzida a possibilidade de atuação desta (*Law and Values in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 235).

Vale isto por dizer que a não aceitação, pelo Tribunal Constitucional alemão, na decisão *Solange I*, desse controlo baseado nos direitos fundamentais empreendido pelo Tribunal de Justiça em *Internationale Handelsgesellschaft*, acabou por ser ultrapassada, em *Solange II*, assumindo-se esse tipo de abordagem, implicitamente, como expressão da partilha de um espaço comum, que tornaria fundamentalmente redundante a intervenção da jurisdição constitucional nacional. Em suma, a existência de uma “[...] *aposta reforçada na proteção dos direitos fundamentais no espaço comunitário* [criou a convicção] – *reforçada pela evolução do Solange I (1974) para o Solange II (1986) – de que tendencialmente ou na prática o direito comunitário se aplicaria de forma prevalecente e não contestada seriamente em todos os Estados-membros*” (Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa Num Contexto Global*, Lisboa, 2015, p. 255).

E note-se – valendo como consolidação no plano processual do exato sentido da decisão *Solange II* –, que o Tribunal Constitucional alemão projetou posteriormente a *ratio decidendi* desta à categoria de pressuposto processual de admissibilidade do controlo do DUE, introduzindo um significativo filtro processual de potenciais conflitos. Fê-lo no chamado caso *Bananas* (decisão de 7/06/2000, 2 Bvl 1/97), ao considerar “[...] *que o meio processual para proteção de direitos fundamentais* [o recurso de queixa constitucional] *podia, mas só podia, ser admitido se viesse acompanhado da alegação de que o Tribunal de Justiça europeu não estaria a assegurar o nível exigível de tutela dos direitos fundamentais*” (Miguel Galvão Teles, “Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no Centenário do seu Nascimento*, vol. II, Lisboa, 2006, p. 301).

**2.4.** Expressando o princípio do primado um valor identitário do DUE, que garante a efetividade deste e preserva o seu espaço existencial, não deixa de corresponder a uma construção originada na dinâmica afirmativa própria de um dos lados da relação de ordens jurídicas implicada na pertença à União. É assim que, como observámos no item anterior a respeito das decisões do Tribunal Constitucional alemão *Solange I* e *II*, a interação da jurisdição comunitária com as entidades pré-existentes integradas (os Estados-membros, o outro polo dessa relação), gerando situações de sobreposição normativa (real ou aparente), induz compromissos e a criação de espaços de diálogo e de cooperação, mas não deixa de originar – pela persistência de algumas *linhas de fratura* – situações relacionais com potencialidade conflitual. Estas implicam, como decorrência do *princípio da cooperação leal* (artigo 4.º, n.º 3 do TUE) e do empenho no projeto europeu dos atores relevantes desta interação, abordagens de evitação ou de ultrapassagem de impasses, em que a ideia de *diálogo* – e isto vale, no presente, fundamentalmente para a relação entre o TJUE e os tribunais constitucionais nacionais – se expressa, nas palavras de Maria José Rangel de Mesquita, sob a forma de “[...] *um ‘salutar’ confronto* [...]” (*Introdução ao Contencioso da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, 2018, p. 279: “[q]uanto à perspectiva respeitante ao ‘diálogo’ entre o TJUE e os tribunais constitucionais nacionais, tal diálogo pode assumir várias formas, desde a concordância ou sintonia, até um ‘salutar’ confronto”). O elemento criativo deste *confronto*, que o adjetivo *salutar* sinaliza de uma forma particularmente feliz, gerou um processo que podemos descrever como *ajustamento de poderes* que coabitam um espaço comum, com geometrias variáveis e que permanece dinâmico, de coexistência de ordens jurídicas em constante interação, o qual não expressa, em particular quanto às normas constitucionais nacionais, uma relação hierárquica de fontes propiciadora de coerência sistémica.

Daí que a relação de ordenamentos jurídicos travada no quadro da União Europeia só possa ser corretamente descrita – analisando a prática dessa relação – como gestão de uma realidade na qual incidem relevantes fatores de incoerência sistémica, sublinhando-se, através da síntese de Mattias Kumm, que a prática seguida pelos atores relevantes deste processo de interação – pelos tribunais em particular – conduziu ao “[...] *estabelecimento de mecanismos e à projeção de construções que possibilitam um envolvimento mútuo construtivo entre ordens jurídicas*”, “[...] *mesmo na ausência de uma ordenação hierárquica*” [“The Moral Point of Constitutional Pluralism”, in, *Philosophical Foundations of European Union Law*, Julie Dickson e Pavlos Eleftheriadis (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 217].

Com efeito, mesmo quando a construção jurisprudencial do princípio do primado, referido à relação do DUE com as normas constitucionais dos Estados-membros, aponte, isolando nessa operação o lado da União (*rectius*, do TJUE), para uma visão absolutamente incondicionada da incidência do princípio, para um entendimento deste completamente “à prova” do Direito constitucional nacional – fator que induz, por vezes, forte pressão sobre as Constituições nacionais e as respetivas jurisdições –, o que é facto é que a prática do TJUE não deixa de nos fornecer uma imagem mais relativizada – e muito mais complexa – da realidade do princípio, quando situado a este nível. E o mesmo sucede com a generalidade das jurisdições constitucionais nacionais, na sua interação decisória com o TJUE, a respeito da relação do DUE com o Direito interno dos Estados-membros dotado de estalão constitucional.

Tal complexidade, sinal evidente de que nessa relação são feitos atuar pelos intervenientes fatores de adaptação e de conciliação de posições, esteve presente, desde a referência expressa do princípio do primado às normas constitucionais nacionais, em 1970, no Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*. Este, como observámos, intencionalmente gerou um espaço de justificação decisória com pontos de *redundância*, relativamente à jurisdição constitucional alemã, na abordagem de um reenvio que assentava no pressuposto da incompatibilidade de uma norma comunitária com a proteção dos direitos fundamentais na *Grundgesetz*. E vem perdurando – essa abordagem do primado que designamos como complexa – nas decisões do TJUE cuja base problemática encerrava uma evidente potencialidade geradora de conflitos graves com as jurisdições constitucionais dos Estados-membros.

Ilustrando esta asserção – para além de toda a interação decisória entre o Tribunal Constitucional Federal alemão (Acórdãos *Solange I e II*, *Bananas*, *Maastricht* e *Lisboa*) e o TJUE [por exemplo, no Acórdão *Gauweiler*, de 16/06/2015 (processo C-62/14), respeitante ao mecanismo das OMT, e na subsequente decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 21/06/2016, sem esquecer, todavia, os últimos desenvolvimentos desta complexa interação relativa às decisões do Banco Central Europeu] –, referiremos especificamente a situação que é habitualmente designada, no jargão dos cultores do DUE, como a *saga Taricco* (cfr. Matteo Bonelli, “The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, n.º 3, 2018, pp. 357/373). Referencia esta expressão o episódio de *atrição* entre o TJUE e o Tribunal Constitucional italiano relativamente à interpretação fixada pelo primeiro quanto ao artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, do TFUE na decisão *Taricco I*, de 08/09/2015 (C-105/14, EU:2015:555), ao determinar que “[i]ncum[bi]a ao órgão jurisdicional nacional dar pleno efeito ao artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE, não aplicando, se necessário, as disposições de direito nacional que têm o efeito de impedir que o estado-Membro em causa respeite as obrigações que lhe são impostas pelo artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE”. Tenha-se presente que “as disposições de direito nacional” que aí estavam em causa – as que no Direito italiano preveem os prazos de prescrição dos procedimentos penais relativos a fraudes em matéria de IVA –, se “não aplicadas” pelos tribunais nacionais, por as entenderem insuficientes a propiciar um prazo investigatório adequado a uma proteção efetiva dos interesses financeiros da União, colocariam em causa o princípio constitucional da legalidade penal, na exigência que este envolve de as disposições penais serem certas, precisas e não retroativas (e, desde logo, não estabelecidas *ad hoc* pelos tribunais).

Isso mesmo foi perguntado pelo Tribunal Constitucional italiano ao TJUE ([d]eve o acórdão [Taricco] ser interpretado no sentido de que impõe ao juiz penal que se abstenha de aplicar uma legislação nacional relativa à prescrição que obste [...] à repressão de fraudes graves lesivas dos interesses financeiros da União, ou que prevê prazos de prescrição para as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União mais curtos do que os previstos para as fraudes lesivas dos interesses financeiros do Estado, mesmo quando essa não aplicação seja contrária aos princípios supremos da ordem constitucional do Estado-Membro ou aos direitos inalienáveis reconhecidos pela Constituição do Estado-Membro?), no quadro de um novo reenvio prejudicial (originado no processo de implementação interna do Acórdão *Taricco I*; *ordinanza* n.º 24, de 26/01/2017, disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/2017/0024o-17.html>).

Gerou este reenvio (que pressagiava uma consistente possibilidade de uso futuro da doutrina dos contralimites pela jurisdição constitucional italiana) um novo pronunciamento do TJUE, consubstanciado no que se convencionou designar como decisão *Taricco II* (Acórdão *M.A.S. e M.B.*, de 05/12/2017, C-42/17, EU:C:2017:936), estabelecendo que “[o] artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo penal por infrações relativas ao IVA, impõe ao juiz nacional que se abstenha de aplicar disposições internas do direito substantivo nacional em matéria de prescrição que obstem à aplicação de sanções penais efetivas e dissuasoras num número considerável de casos de fraude grave, lesiva dos interesses financeiros da União Europeia, ou que prevejam prazos de prescrição mais curtos para os casos de fraude grave lesiva dos referidos interesses do que para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros do Estado-Membro em causa, a menos que essa não aplicação implique uma violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe

condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento em que a infração foi cometida’ (sublinhado acrescentado).

É correto assinalar que a matização introduzida pelo TJUE, que acabámos de destacar no trecho dispositivo da decisão *M.A.S.*, sendo construída com base nos pressupostos próprios do DUE, referenciados ao tempo da prolação da decisão *Taricco I* (cfr. o respetivo parágrafo 45, indicando que em 2015 se estava perante matéria ainda não objeto de harmonização, a qual só viria a ocorrer em 2017), envolveu certa contextualização, por reflexo de uma incidência na ordem jurídica nacional, do princípio do primado, entendido este nos impressivos termos decorrentes da jurisprudência identitária do TJUE.

Todavia, são diversos os exemplos do processo de construção em camadas assertivas do princípio do primado pelo TJUE, procedimento no qual facilmente observamos um propósito de blindagem do princípio face aos Direitos nacionais. Vejam-se, como exemplos dessa prática, os Acórdãos de 27/06/1991 (proc. n.º C-348/89, *Mecanarte c. Chefe do Serviço da Conferência Final da Alfândega do Porto*) e de 18/07/2007 (proc. n.º C-119/05, *Lucchini*). No primeiro (Acórdão *Mecanarte*) decidiu-se que “[n]o órgão jurisdicional nacional, ao qual tenha sido submetido um litígio relativo ao direito comunitário, e que verifique a inconstitucionalidade de uma disposição nacional, não se encontra privado da faculdade ou dispensado da obrigação, previstas no artigo [267.º TFUE], de submeter ao Tribunal de Justiça questões relativas à interpretação ou à validade do direito comunitário pelo facto de esta verificação estar sujeita a recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional. [...]”. Na segunda decisão (Acórdão *Lucchini*), considerou o TJUE opor-se “[...] o direito comunitário [...] à aplicação de uma disposição do direito nacional que pretende consagrar o princípio da força do caso julgado, como o artigo 2909.º do Código Civil italiano, quando a sua aplicação obsta à recuperação de um auxílio de Estado concedido em violação do direito comunitário [...]” (cfr. Koen Lenaerts, Ignace Maselis, Kathleen Gutman, *EU Procedural Law*, cit., pp. 13/14, 65/67, 109/110, 148/149).

Porém, não obstante a expressividade da constante reafirmação do primado pelo TJUE, não deixamos de observar, por parte deste, concretamente em situações de impasse com jurisdições constitucionais nacionais ou em casos que pressagiam o eclodir de um grave conflito nesse quadro relacional, decisões construídas de molde a propiciar algum tipo de acomodação à afirmação pelas jurisdições constitucionais nacionais da subsistência de espaços de autonomia própria no relacionamento com o DUE, intangíveis à projeção absoluta do princípio do primado. Constitui tal prática, que é paradigmaticamente ilustrada pela decisão *Taricco II* – do mesmo modo que constitui a prática conciliatória equivalente da generalidade das jurisdições constitucionais nacionais –, uma característica central da dinâmica relacional entre o TJUE e os Tribunais Constitucionais dos Estados-membros, testemunhando a prevalência, de parte a parte, de práticas de *resolução dialógica* da conflitualidade intrinsecamente envolvida num relacionamento complexo e no qual persistem pontos de atrito.

**2.4.1.** É comum identificar o fenómeno da interação do DUE com as normas constitucionais nacionais como correspondendo “[à] existência de uma pluralidade de fontes constitucionais, originador de um contexto de conflitos potenciais entre ordens constitucionais diversas, cuja resolução assenta, num modelo não-hierárquico” (Miguel Poiars Maduro, “Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, cit., p. 1). Com efeito, num quadro relacional que, no presente, envolve vinte e oito ordens jurídicas (a da União, como polo referencial comum, mas dotado de autonomia, e as ordens dos vinte e sete Estados), todas detentoras de pretensões jurídicas assentes em espaços de exclusividade com margens de sobreposição às outras ordens – dos Estados-membros à União; desta àqueles –, a funcionalidade do relacionamento decorrente da integração, como realidade antagónica da desagregação (eventualidade sempre possível e, aliás, já concretizada com o *Brexit*), só pode decorrer de uma dinâmica baseada em fatores e práticas que induzam algum tipo de coerência sistémica, assente em algo diverso de uma integração normativa hierarquizada.

Capta-se desta forma a essência de uma vontade de coexistência no seio da União Europeia, no essencial assumida pelos agentes relevantes desse processo de interação, através da qual – e seguimos a caracterização deste fenómeno por Stephen Weatherill –, “[*e*m vez de uma compreensão vertical de autoridade, com o Direito da União no topo, [emerge] um padrão horizontal, através do qual, tanto a União Europeia como as ordens jurídicas nacionais [...], reivindicam espaços próprios de autoridade exclusiva, cuja construção é perfeitamente consistente dentro da sua própria lógica, sendo, todavia, inconsistente com a lógica afirmativa simétrica reclamada pela outra parte. E, indiretamente, através de diversas formas de diálogo, partilham as duas ordens as suas preocupações, induzindo cooperação mútua [...]”. É assim que “[...] coexistem na Europa afirmações, inconciliáveis, de autoridade constitucional exclusiva, que não carecem, todavia, de conciliação [podendo subsistir paralelamente na sua assertividade], enquanto a competição gerada entre essas ordens não visar uma finalidade destrutiva. Trata-se este, porém, de um modelo exigente. O seu sucesso depende, em grande medida, da sensibilidade de todos os atores envolvidos aos valores e ansiedades dos outros [...]” [Law and Values in the European Union, cit., p. 247].

Note-se que o TJUE, no Acórdão *Les Verts* (de 23/04/1986, proferido no processo C-294/83), atribuiu expressamente aos Tratados a natureza de uma *Constituição*, afirmando representar “[...] a Comunidade Económica Europeia [...] 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 atos com a carta constitucional de base que é o Tratado [...]” (ponto 23 da decisão). Esta afirmação, tomada à letra, esgota-se no exato plano do caso concreto que a determinou: uma disputa de competências entre instituições comunitárias da qual resultou a construção pelo Tribunal de uma competência própria – não decorrente (então, estávamos antes de Maastricht) da letra do Tratado – para fiscalizar atos do Parlamento Europeu.

**2.5.** No presente recurso, por via da questão de inconstitucionalidade construída pela recorrente, somos confrontados com a dimensão específica da questão do primado que relaciona as normas de DUE – que, *nos seus próprios termos*, se nos apresentam como diretamente aplicáveis e prevaletentes – com as normas constitucionais nacionais, sendo este o significado da questão de constitucionalidade apresentada pela recorrente. Somos confrontados, assim, com uma dimensão do problema do primado que apresenta traços radicalmente distintos daquela que confrontaria o DUE com o Direito ordinário interno dos Estados. Devemos, pois – logo à partida –, separar inequivocamente as duas questões.

**2.5.1.** Com efeito, no que diz respeito às normas de Direito nacional sem natureza constitucional (*rectius*, ao Direito ordinário interno), o princípio do primado do DUE é recebido no artigo 8.º, n.º 4 da CRP. Consequentemente, as hipotéticas sobreposições de normas surgidas nesse espaço (referimo-nos, obviamente, ao espaço legítimo de preempção temática pelo DUE) resolvem-se – expressemo-lo desta forma, reforçando a força da asserção – *afastando* o direito nacional, fazendo atuar na sua essência significativa o princípio do primado, nos exatos termos fixados em 1964 pelo Acórdão *Costa c. ENEL*.

Não se refere o presente recurso, pois, à dimensão, que podemos qualificar como básica e evidente, do princípio do primado, correspondente ao confronto das normas internas de direito ordinário (infraconstitucional) dos Estados-membros com o DUE. Essa questão está inequivocamente resolvida na nossa ordem jurídica pelo n.º 4 do artigo 8.º da CRP, ao estabelecer que “[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das suas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do estado de Direito democrático”. É que esta norma vale, desde logo, com o sentido de aceitação constitucional do princípio do primado na dimensão que confronta o DUE com o direito ordinário interno – adiante posicionaremos esta mesma norma face às disposições constitucionais nacionais (que também se projetam nesse trecho inicial, embora com as

especificidades que aí referiremos) – , sendo que essa dimensão do primado (a referida ao direito ordinário nacional) está, pela sua própria natureza, aquém da incidência do trecho final do mesmo n.º 4 (que corresponde ao segmento da norma que interessa à economia decisória deste recurso).

De facto, há que entender o inciso final – “[...] *com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático*” – como consubstanciando uma exceção à (um afastamento da) limitação (um dos *contralimites* à restrição, empregando a expressão cunhada na doutrina italiana – *controlimiti* –, na sequência do Acórdão *Frontini*, proferido pelo Tribunal Constitucional em 1973, expressão cujo sentido apresenta um sugestivo paralelismo com o segmento final do n.º 4 do artigo 8.º), decorrente do trecho inicial da mesma norma: corresponde este ao *limite* depois reduzido, na sua projeção inibitória do Direito nacional, pelo mencionado inciso final do n.º 4. Contém o segmento inicial da norma, pois, o que corresponde à aceitação do primado do Direito da União Europeia (o primado expressa o DUE nos seus próprios termos), valendo o segmento final como afastamento, em determinadas condições, dessa primazia.

Como observa Maria Lúcia Amaral, a “[...] *natureza sui generis* [do DUE] [...] *que, não sendo direito criado pelos órgãos do Estado português, vigora na ordem interna de acordo com os princípios do ‘efeito direto’ e do ‘primado’, é reconhecida pela Constituição nos n.ºs 3 e 4 do artigo 8.º. O n.º 3 reconhece expressamente o princípio do efeito direto; e o n.º 4 reconhece implicitamente o princípio do primado, pois que diz que ‘[a]s disposições dos tratados e das normas emanadas das (...) instituições (...) vigoram na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União (...)’.* Ora, [...] *o Direito da União não ‘define’ apenas o ‘termo’ do efeito direto das suas próprias normas; determina ainda que tais normas gozem de supremacia sobre quaisquer normas internas que com elas conflituem. O princípio do primado está, pois, aqui, implicitamente reconhecido. Ao aceitar a primazia e o efeito direto do direito europeu no seu próprio ordenamento interno – e ao fazê-lo depois de ter deixado claro que o Direito Internacional só vigora em território português em virtude de um ato de reconhecimento estadual – a CRP está, portanto, a reconhecer e a aceitar as consequências jurídicas decorrentes do compromisso assumido no artigo 7.º, n.ºs 5 e 6. Por causa deste compromisso, vigora na ordem portuguesa um direito que não é estadual nem internacional: é sui generis*” (*A Forma da República*, Coimbra, 2012, p. 415).

Note-se que a qualificação do DUE como portador de uma natureza específica – “*sui generis*” –, totalmente distinta do Direito Internacional Público, consta, tanto do Acórdão *Van Gend en Loos*, como do Acórdão *Costa c. ENEL* (*ibidem*, p. 414, nota 499). No primeiro, logo em 1963, na que é considerada a passagem mais famosa de uma decisão do Tribunal de Justiça (cfr. Koen Lenaerts, José A. Gutiérrez-Fons, “A Constitutional Perspective”, in *Oxford Principles of European Union Law*, cit., p. 105); expressa-se esse caráter peculiar afirmando “[constituir a União Europeia] *uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais*”, ordem que assenta num sistema de normas, “[...] *autónomo, autossuficiente e coerente* [...]” (ob. e loc. cit.), sendo esta asserção retomada a respeito do princípio do primado na decisão *Costa c. Enel*.

Aliás, relativamente à ordem jurídica portuguesa, já antes da introdução do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, pela sexta revisão constitucional de 2004, o primado do DUE era invariavelmente afirmado – como reforçadamente continuou a ser depois de 2004 – no confronto com as normas nacionais infraconstitucionais, com base nos n.ºs 1, 2 ou 3 do artigo 8.º [neste sentido, Patrícia Fragoço Martins, “O Primado do Direito da União”, in *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial*, cit., p. 58; Rui Manuel Moura Ramos, “O Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa e a Posição dos Tribunais Constitucionais dos Estados-membros no Sistema Jurídico e Jurisdicional da União Europeia”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol II, Coimbra, 2005, p. 379/384 e nota 35, na p. 381/382 (trata-se de texto do final de 2003); Maria Helena Brito, “Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003, pp. 305/309 (trata-se de texto datado de novembro de 2002). Já depois de 2004, cfr. Miguel Galvão Teles (“[e]m Portugal, pode dar-se por assente a superioridade hierárquica do direito comunitário sobre a lei ordinária”), in “Constituições dos Estados e Eficácia Interna do DUE e das Comunidades Europeias – em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da

Constituição Portuguesa”, cit., p. 304. Também posteriormente a 2004, relativamente à lei ordinária, o Tribunal Constitucional assumiu a asserção do primado do DUE no Acórdão n.º 60/2006 (aí o fez, expressamente, no ponto 2.3. da fundamentação, afirmando que “[...] *a norma impugnada* [tratava-se do n.º 6 do artigo 169.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário] *encontra a sua fundamentação na necessidade de, estando em causa execução fiscal de dívidas de recursos próprios comunitários, designadamente [...] direitos aduaneiros, acatar a regra, constitucionalmente aceite, da prevalência da regulamentação comunitária sobre o direito ordinário interno*”; o mesmo entendimento subjaz ao Acórdão n.º 80/2014, no respetivo trecho final antecedente da decisão, embora, estando em causa nessa situação a lei nacional transpondo uma Diretiva, o DUE aí opere em termos muito particulares: não essencialmente por aplicação direta, mas como parâmetro conformador da margem de liberdade do legislador nacional (cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 469/474). Isto, todavia, não deixa de corresponder, e é esse o sentido da referência constante desse Acórdão n.º 80/2014, a uma projeção limitadora do Direito nacional decorrente da primeira parte do n.º 4 do artigo 8.º da CRP (a este respeito, quanto às normas de transposição de diretivas, cfr. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *CRP. Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 270/271)].

**2.6.** A construção pela recorrente da questão pretendida colocar à apreciação do Tribunal Constitucional (cfr. item 2.2., *supra*) – e trata-se de questão formalmente conforme aos pressupostos de um recurso fundado na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC – torna patente o seu verdadeiro e inevitável sentido substancial, sendo a este que teremos de nos ater ao equacionar o conhecimento do recurso.

Está em causa, com efeito, relativamente a uma norma de DUE (de Direito derivado integrante de um Regulamento comunitário, cfr o artigo 288.º, segundo parágrafo, do TFUE), uma invocação, anterior à decisão recorrida, de desconformidade à Constituição da República Portuguesa, da qual se convoca como parâmetro de desvalor o princípio da igualdade plasmado no respetivo artigo 13.º, referindo-se essa invocação à interpretação que à norma de DUE em causa foi expressamente fixada pelo TJUE, ao qual incumbe, nos termos dos Tratados, a função interpretativa e integradora do DUE originário e derivado [cfr. artigos 13.º e 19.º (deste último em especial o n.º 3, alínea *b*) do TUE]. No caso presente, foi essa função exercida no quadro de um reenvio prejudicial, ou seja, através do meio que os Tratados preveem como instrumento privilegiado de diálogo entre jurisdições, tendo em vista a “[...] *afirmação da primazia do direito da UE [...], permitindo a articulação e integração entre o direito nacional e o direito da UE [...]*”, “[*contribuindo*] *para a realização da unidade do sistema jurídico europeu, introduzindo um elemento de centralização, ou concentração, num contexto de aplicação descentralizada, e reduzindo o risco de fragmentação jurídica propiciado pela coexistência de diferentes tradições jurídicas [...]*”, exprimindo e reforçando, enfim, “[...] *a autonomia dogmática e conceitual do [DUE], no confronto com os direitos nacionais dos Estados-membros* recorrendo a uma interpretação teleológica e racional dos respetivos conceitos.” (Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, cit., pp. 716/717).

Somos assim confrontados, através da questão de inconstitucionalidade apresentada, com um problema da mais elevada importância no quadro do relacionamento entre a jurisdição constitucional nacional e a jurisdição da União Europeia. Referimo-nos à definição, pela primeira vez, por este Tribunal – o Tribunal Constitucional nacional – dos termos em que lhe é acessível o DUE, no quadro do exercício da fiscalização concreta da constitucionalidade de normas (cfr. o artigo 277.º da CRP).

Essa particular feição do problema que nos confronta induz, pois, como questão prévia e fundamental – já referida no item 2., *supra* –, esclarecer se o Tribunal Constitucional pode sindicar a conformidade constitucional do DUE e, admitindo-se que o pode fazer, qual a *amplitude* e quais as *condições* para o exercício desse poder.

**2.6.1.** Nesta indagação, que convoca o problema do relacionamento entre o DUE e o Direito constitucional nacional, impõe-se enunciar sequencialmente as disposições da Constituição da República Portuguesa, já por diversas vezes referidas, que enquadram a interação entre as duas ordens jurídicas:

*Artigo 7.º*

*Relações internacionais*

5 – Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre povos.

6 – Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia.

*Artigo 8.º*

*Direito internacional*

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.

3 – As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.

4 – As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Sobressaindo, numa compreensão articulada destes preceitos constitucionais, uma distinta funcionalidade, eles expressam, todavia, uma relação de complementaridade consequencial: “[e]nquanto no artigo 7.º, n.ºs 5 e 6, da CRP se consagram os fundamentos da participação de Portugal na União, no artigo 8.º, n.ºs 2, 3 e 4, estabelecem-se as consequências jurídicas dela decorrentes: depois de ter autorizado a escolha política que se traduz na integração da República numa comunidade mais vasta, a Constituição reconhece, coerentemente, os efeitos de direito que resultam da integração” (Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, cit., p. 413). Ou seja, enunciam-se e particularizam-se, nos n.ºs 5 e 6 do artigo 7.º, os termos da *decisão europeia*, enquanto opção político-constitucional fundamental de inserção do Estado português no quadro das relações internacionais, opção que, pelo seu forte elemento identitário e vastidão de consequências, vai bem além desse âmbito projetando-se como um verdadeiro “[...] princípio estruturante da ordem interna [...]”; “[...] um princípio fundamental da Constituição que, modelando o sistema de fontes do direito português, modela também a forma da República” (*ibidem*, p. 390 e 394).

O texto constitucional aceita, pois, o sentido funcional do princípio do primado – desde logo como expressão instrumental da “[convenção do] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da



*União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da [UE]” (artigo 7.º, n.º 6, in fine) –, e aceita-o nos termos definidos pelo DUE, ou seja, como o Tribunal de Justiça o justificou em 1964 em *Costa c. Enel*: “[...] o Tratado CEE institui[ua] uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros [...] e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais [decorrente da criação de] [...] uma Comunidade de duração ilimitada, dotada [...] de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade [...]”. É importante situar esta afirmação no tempo, revelando o seu contexto significativo (o da Comunidade Económica Europeia em 1964), assente na ideia de que a construção e o funcionamento do mercado comum visado pelos Estados-membros no ato fundacional *tinha* como condição indispensável a *uniformidade* da interpretação e aplicação do então Direito Comunitário. A prevalência do direito ordinário interno sobre o DUE, segundo a regra de conflitos comum, *lex posterior derogat legi priori* (como vimos, foi este o problema com o qual a jurisdição constitucional italiana confrontou a jurisdição comunitária em *Costa c. Enel*), punha (põe) em causa tal condição, frustrando o objetivo dos Estados – qual *venire contra factum proprium* – ao convencionarem o exercício em conjunto de determinadas competências, ou mesmo ao alocarem algumas destas a instituições da União.*

Todavia, a referenciação do primado ao crescendo de áreas temáticas abarcadas pelo aprofundamento do processo de integração europeia colocou novos desafios à projeção do princípio nos elementos idiossincráticos das Constituições nacionais. Esse fenómeno correspondeu, no caso português, ao contexto do aparecimento e da evolução do n.º 6 do artigo 7.º da CRP. Com efeito, este foi introduzido (com a seguinte redação: “Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia”) pela terceira revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/92, de 25 de novembro), visando permitir a aprovação e ratificação do Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht, de fevereiro de 1992). Sob o impulso do Tratado de Amsterdão (que entrara em vigor em maio de 1999), a quinta revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12 de dezembro), introduziu nesse n.º 6 os incisos respeitantes à realização de um *espaço de liberdade, segurança e justiça* e à convenção de exercício dos poderes necessários à construção europeia, alternativamente, “*em comum ou em cooperação*”. Pela sexta revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho), além da referencia, de pendor limitativo ao aprofundamento da construção da União, ao *respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*, sinalizou-se que a convenção de exercício dos poderes necessários à construção e aprofundamento do projeto europeu poderia traduzir-se na alocação desse exercício às instituições da União.

Daí que se considere, de seguida no artigo 8.º, nos respetivos n.ºs 2, 3 e 4 – e muito em especial neste último –, a incidência que essa opção, assumida nos trechos assinalados do artigo 7.º, apresenta na configuração da ordem jurídica nacional, em função da necessária interação desta com um espaço dotado de uma ordem jurídica própria, e de um Direito próprio, o qual, num processo caracteristicamente autopoiético, se definiu – e já há muito se definia quando Portugal aderiu à Comunidade Económica Europeia em 1986 – como diretamente projetado nas ordens jurídicas dos Estados integrantes da União e, em todas as situações relacionais com estas, como prevalecente, inclusive quando essa relação colocasse em confronto o DUE e as normas de nível hierárquico mais elevado dos Estados-membros: as normas dotadas de estalão constitucional.

Dos trechos dos artigos 7.º e 8.º da CRP acima transcritos assume particular relevo, quanto à temática especificamente convocada pelo presente recurso, o n.º 4 do artigo 8.º, cuja introdução no texto constitucional ocorreu, como já se disse, com a revisão de 2004, tendo em vista a compaginação da Constituição com o processo de elaboração de uma *Constituição Europeia* então em curso.

Aludimos anteriormente, no item 2.3.1., à tentativa, que viria a fracassar, de criação de um texto com essa natureza por via do “*Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*”, e à circunstância do texto constitucional aprovado através desse instrumento enunciar expressamente o princípio do primado, no respetivo artigo I-6.º, com o seguinte teor: “[a] *Constituição e o direito adotado pelas*

*instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-membros?*” (relativamente a este texto, a ata final da Conferência dos representantes dos Governos dos Estados-membros, incluía a seguinte declaração: “[...] *A Conferência constata que o artigo I-6.º reflete a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância*”).

Como também referimos, esta disposição não veio a integrar o Tratado de Lisboa, o instrumento decorrente da interrupção e posterior abandono do processo de ratificação da Constituição Europeia. Ficou dessa intenção, com um valor vinculativo que não deixa de ser discutido (cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, tomo II, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 660/661) mas que reflete a forte intencionalidade dessa pretensão, a designada *Declaração 17*, anexada à ata final da conferência intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa, “[...] *sobre o primado do direito comunitário*”, na qual “[a] *Conferência lemb[r]ou que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adotado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-membros, nas condições estabelecidas na referida jurisprudência*”, complementando esta declaração a transcrição do “*Parecer do Serviço Jurídico do Conselho*”, de 22/06/2007, com o seguinte teor: “[d]ecorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o primado do direito comunitário é um princípio fundamental desse mesmo direito. Segundo o Tribunal, este princípio é inerente à natureza específica da Comunidade Europeia. Quando foi proferido o primeiro acórdão desta jurisprudência constante (acórdão de 15 de julho de 1964 no processo 6/64, *Costa contra ENEL*), o Tratado não fazia referência ao primado. Assim continua a ser atualmente. O facto de o princípio do primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a atual jurisprudência do Tribunal de Justiça” (*Jornal Oficial da União Europeia*, C-202, Ano 59, 07/06/2016, p. 344).

Embora a introdução no nosso texto constitucional do n.º 4 do artigo 8.º (e também da frase intercalada no n.º 6 do artigo 7.º: “[...] *com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático [...]*”), tenha decorrido de uma revisão constitucional a cuja intencionalidade não foi estranha – bem pelo contrário – a consagração do princípio do primado na projetada *Constituição Europeia*, não perdeu essa opção de revisão base de sustentação, por via do abandono do projeto de um texto constitucional europeu, com a conseqüente permanência fora dos Tratados do princípio do primado. As vicissitudes posteriores do processo que determinou a revisão constitucional que procedeu à introdução daquele n.º 4 no texto do artigo 8.º não transformaram a norma gerada nesse contexto num despojo de algo que não se concretizou.

Bem pelo contrário! Valeu e vale, essa opção, em função de uma realidade pré-existente ao projeto de Constituição Europeia e que subsiste inteiramente sem esta (cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, cit., pp. 536/538), estando em causa no n.º 4 do artigo 8.º um elemento identitário do Direito da União – o princípio do primado – que permanece vivo e atuante, independentemente da natureza da *fonte* que lhe der (deu) vida nesse quadro de referência.

É com este sentido que se afirma, quanto à projeção da intencionalidade do artigo I-6.º da Constituição europeia no estado da questão do primado no contexto do Tratado de Lisboa, que “[n]ada [...] se alterou, do lado do direito comunitário, quanto à fonte «formal» (que continua a ser a jurisprudência) do princípio do primado – sem embargo de não poder ser negado à Declaração [à Declaração 17, acima transcrita] o substancial efeito de um reforçado reconhecimento do mesmo princípio, a par do da eliminação de qualquer dúvida acerca da sua vigência” [José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição Portuguesa e Direito da União Europeia (Quatro apontamentos)”, in *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. II, Coimbra, 2016, p. 9].

Assim, como observa Rui Medeiros, resumindo a perspetivação da questão, “[o] *facto de uma disposição semelhante àquela que constava do artigo I-6.º do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa ‘não constar dos Tratados, na redação atual que lhes foi dada pelo Tratado de Lisboa, não significa que tenha havido alguma alteração fundamental à orientação seguida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Pelo que as doutrinas do primado, do efeito direto e da responsabilidade dos Estados pelo incumprimento do Direito da União Europeia continuam a ser peças essenciais do seu funcionamento*’ [a citação dentro da citação é de Jónatas E. M. Machado, *ob. cit.* p. 65]. *E, sob pena de se incorrer numa visão legalista e formalista que ignore o acquis*

*communautaire e ‘tudo o que efetivamente ocorreu no processo jurídico da integração desde a década de sessenta do século XX’ [idem, Maria Lúcia Amaral, ob. cit., pp. 422/423], não só não se pode ignorar em geral o papel da jurisprudência na descoberta do sentido do direito, como não é possível obliterar, no quadro da União Europeia, que o primado constitui um princípio básico do direito constitucional europeu, desenvolvido desde cedo pelo Tribunal de Justiça, tendo o projeto de Constituição europeia se limitado a verbalizá-lo” (A Constituição Portuguesa Num Contexto Global, cit., pp. 381/382). Ou seja, constituindo o primado “[...] um requisito imposto pela essência do Direito da União”, a referida Declaração 17 “[...] não cria nada de novo para o Direito da União [, limitando-se a Conferência a lembrar] o que já existe na jurisprudência do TJUE, isto é, ela limita-se a ‘codificar’ direito já formado por força dessa jurisprudência [e isso sucedeu por vontade de todos os Estados-membros participantes na Conferência Intergovernamental que, sintomaticamente, se reviram nessa enunciação do estado da questão do primado sem qualquer declaração divergente quanto ao conteúdo dessa Declaração, contrariamente ao que sucedeu noutros casos recolhidos no Tratado de Lisboa]”, passando a integrar o DUE “[...] nos termos definidos [por ele próprio]” (Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, cit., pp. 538/540).*

**2.6.2.** *Todavia – e retomamos o texto antes mencionado de José Manuel Cardoso da Costa –, se com o Tratado de Lisboa, em rigor, “[...] nada se alterou do lado do direito comunitário [...]” quanto ao princípio do primado, “[...] no plano do direito constitucional português, ocorreu algo de muito significativo, no tocante a essa matéria. É que, na perspetiva da conclusão com sucesso (que não veio a verificar-se) do processo ratificativo do Tratado Constitucional e da entrada em vigor deste, o legislador constitucional português entendeu ir antecipadamente ao encontro do que aquele vinha agora proclamar, de modo tão enfático no seu artigo I-6.º (e, com isso, afastar de antemão as dificuldades que o mesmo viesse suscitar) – o que fez, em 2004, com a inserção, no artigo 8.º da Constituição, de um novo preceito (o n.º 4) [...]. O Tratado que instituía uma Constituição para a Europa veio a soçobrar; mas o preceito da Constituição portuguesa, a que confessadamente ele deu origem, ficou – donde que, de entre as Constituições dos Estados membros [...], essa seja a que encara de modo mais direto (para não dizer a única a fazê-lo desse modo) a questão da receção do direito da União na ordem interna e, pela devolução feita para o que esse mesmo direito entende a tal propósito, assume o primado dele. [...] Com efeito, se se garante a aplicação interna do direito da União «nos termos» pelo mesmo «definidos», então, e face à interpretação e aplicação que dele faz o Tribunal de Justiça, está-se, decerto, a garantir o seu primado, e não se vê como recusar a extensão deste, como questão de princípio, também àquelas normas; só que, ficando ressalvado, por outro lado, que a aplicação do direito da União «in foro domestico» não pode conduzir, em qualquer caso, ao desrespeito dos «princípios fundamentais do Estado de direito democrático», isso mais não significa senão que o primado haverá de ceder face ao que afinal representa o núcleo duro e irredutível da Constituição” (“Constituição Portuguesa e Direito da União Europeia...”, cit., p. 9, sublinhado acrescentado).*

Nesse contexto podemos falar em alguma especificidade da questão do primado (do primado referido às normas constitucionais internas) no plano nacional. Todavia, para sermos inteiramente rigorosos na valoração dessa particularidade do texto constitucional nacional, decorrente da introdução do n.º 4 do artigo 8.º, haverá que ter presente, com um certo sentido de fonte inspiradora da solução alcançada na revisão de 2004, a *precedência* das definições jurisprudenciais em Itália (1973/*Frontini*) e na Alemanha (1986/*Solange II* e subsequente jurisprudência, já referida, do Tribunal Constitucional alemão), cuja inspiração, em alguns traços da sua essência significativa, não podemos deixar de pressentir na construção do referido n.º 4. Com efeito, foi a interpelação pelo entendimento absoluto do princípio do primado, decorrente dos Acórdãos *Costa Enel* e *Internationale Handelsgesellschaft*, que originou a construção e o aprofundamento, por via jurisprudencial, tanto em Itália como na Alemanha, do modelo estratégico de “diálogo” entre os Tribunais Constitucionais nacionais e o TJUE quanto à pretensão de absolutizar a projeção interna do primado do DUE. A observação dessa realidade propiciou em 2004 ao legislador de revisão, os dados essenciais da definição constitucional dessa questão; a expressividade desta não deixou de assentar numa espécie de *consentimento informado*, pelas vicissitudes relacionais ilustradas por aquelas outras experiências.

É assim que ocorre, entre nós, por referência aos artigos 7.º, n.º 6, e 8.º, n.º 4, da CRP, em trechos introduzidos nesse processo de adaptação do texto constitucional à reforma dos Tratados

então em curso, o destacar dos *princípios fundamentais do Estado de direito democrático* como sinalização da *condição* ao processo de construção e aprofundamento da União Europeia e, conseqüentemente, à projeção interna do DUE, *nos seus próprios termos*. Expressa, pois, o inciso final limitador do artigo 8.º, n.º 4, o *fim* ou o *começo* de algo que se projeta, no que aqui apresenta relevância (e estamos a caracterizar um espaço jurisdicional de alcance exclusivo do Tribunal Constitucional português), como um domínio que não foi alheado – que quiçá seja inalienável, no quadro de uma União Europeia cujo modelo presente assenta numa associação de Estados que permanecem soberanos –, um espaço no qual, desde logo por ausência de uma *decisão constituinte* com tal sentido, não ocorreu transferência de poderes (desses poderes) soberanos para a União.

Vale, pois, neste particular contexto, podendo ser referenciada à problemática que entre nós se equaciona, a afirmação contida no parágrafo 229 da Sentença de 30/06/2009 do Segundo Senado do Tribunal Constitucional alemão, respeitante ao Tratado de Lisboa: “[...] *a República Federal da Alemanha participa no desenvolvimento de uma União Europeia concebida como união de Estados (Staatenverbund) para a qual se transferem direitos de soberania. O conceito de união (Verbund) implica uma associação estreita e duradoura de Estados que conservam a sua soberania, que exerce o poder público com base num Tratado internacional, mas cujo ordenamento fundamental está exclusivamente à disposição dos membros e na qual os povos – isto é, os cidadãos nacionais – dos Estados-membros continuam a ser os sujeitos de legitimação democrática [...]*”.

Embora a União Europeia tenha uma ordem jurídica própria, o que se manifesta no facto de as suas normas não integrarem a cadeia formal de validade que se reconduz à norma constitucional interna, o *fundamento material* dessa ordem jurídica é a decisão dos Estados-membros de convencionarem o *exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União* de competências de que são titulares soberanos. Ao conservarem os Estados-membros a sua soberania, num quadro em que os poderes da União decorrem da atribuição de competências específicas por estes desencadeada condicionadamente (artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, do TUE), vale aqui, também – e continuamos a recorrer ao texto da Sentença de Lisboa do *Bundesverfassungsgericht* – a asserção segundo a qual “[...] *os órgãos do Estado [não estão constitucionalmente habilitados] a transferirem direitos de soberania de tal modo que o exercício desta permita fundamentar outras competências para a União Europeia de forma independente. A Lei Fundamental proíbe a transferência da «Kompetenz-Kompetenz» [...]*” [parágrafo 233 da Sentença; cfr. Marcus Klamert (anotação 10 ao artigo 5.º do TUE), *in The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., pp. 65/66: “[...] *a União apenas dispõe dos poderes em que foi investida pelos Estados-membros para alcançar um conjunto de objetivos. Inversamente, os poderes não objeto de atribuição por estes permanecem no respetivo domínio. Isto significa que a União não dispõe de Kompetenz-Kompetenz: i.e. o poder de se atribuir, por iniciativa própria, novos poderes?*”].

É nestes termos, enfim, que se referencia o conceito de “*Competência das Competências*”, na particular aceção que o liga à ideia de *soberania*, confrontando-o com a ideia de “*Competência de atribuição*” [adiante explicitaremos o outro sentido em que a expressão “*Competência da Competência*” do Tribunal Constitucional – na aceção de *competência da competência dos tribunais* – será retomada na economia decisória do presente recurso; sublinhamos, desde já, que essa distinção é claramente traçada por Miguel Galvão Teles (“*A Competência da Competência do Tribunal Constitucional*”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 105/107 e respetivas notas 2, 3 e 4), nos seguintes termos: “[a] *expressão «competência da competência» (Kompetenz-Kompetenz) e a correspondente noção surgiram na literatura jurídica alemã na segunda metade do sec. XIX a propósito da questão [...] das relações entre Estado Federal e Estados Federados. Erigido por Albert Haenel em elemento definidor do conceito de soberania [o autor indica, como sinal supremo de soberania, a autodeterminação jurídica das suas competências por parte do Reich e a determinação das competências dos Estados (nota 2)] [...], o conceito não teve a sorte que mereceria e, de certo modo, perdeu-se. Mas a expressão e um conceito, que [...] com aquele possuía pelo menos alguma relação, fizeram caminho na teoria da jurisdição, muito especialmente na das jurisdições internacional e arbitral. Trata-se agora da competência da competência dos tribunais.*”].

**2.6.2.1.** Tenha-se presente que parte desses poderes soberanos, integrando um espaço originariamente exclusivo, foram sendo fortemente contextualizados, em significativas manifestações desse caráter, no quadro da construção e aprofundamento da União Europeia. É relevante sublinhar a persistente presença dessa intencionalidade, tributária de uma postura constitucional de amizade com o projeto europeu, nas diversas revisões da lei fundamental ocorridas desde 1982, todas elas envolvendo – e isso sucedeu logo com a primeira revisão, em 1982 (que introduziu o artigo 8.º, n.º 3), ao projetar o sentido do pedido de adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia, formulado em 1977 – “[...] alterações que, com maior ou menor expressão, foram ditadas pela necessidade de adaptar a Constituição Portuguesa de 1976 às exigências jurídicas do processo de construção europeia” (Maria Luísa Duarte, *Direito Internacional Público*, cit., p. 336, nota 67). Tratou-se este, aliás, de um domínio no qual as decisões de revisão constitucional nunca tardaram, desencadeando sempre expressivas adaptações às novas dinâmicas do processo de construção europeia, sinal evidente da importância que este sempre assumiu para o legislador nacional.

Ora, sendo “[...] amplo, generoso e suficiente o grau de abertura consentido pelo texto constitucional [...] às exigências do primado e da eficácia direta no quadro da articulação entre a ordem jurídica portuguesa e a ordem jurídica da União Europeia” (*ibidem*), isso só sucede até onde o legislador constitucional assumiu reconhecivelmente esse desígnio e, conseqüentemente, até onde projetou essa abertura. É que, através da introdução de uma referência limitadora (*contralimitadora* ou *limitadora da limitação*, que representam maneiras diferentes de expressar a mesma ideia), concretamente no trecho final do artigo 8.º, n.º 4 (e no artigo 7.º, n.º 6), evidenciou esse seu propósito, modelando em função dele o acesso da jurisdição constitucional ao DUE, manifestado este na sua própria idiossincrasia: isto é, projetando na ordem jurídica nacional os termos em que ele próprio define a sua aplicabilidade na ordem interna dos Estados-membros, até onde essa incidência não se prefigure em situação de conflito com os *princípios fundamentais do Estado de direito democrático*, extravasando da convenção do *exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*.

**2.6.2.2.** É com este sentido que, na ponderação do regime estabelecido no artigo 8.º, n.º 4, se equacionam, prospetivamente, dois planos de incidência da intervenção da jurisdição constitucional nacional no quadro relacional com o DUE:

**(A) um primeiro plano**, que corresponde ao trecho inicial do preceito – “[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União [...]” –, no qual adquire direta relevância a decisão constitucional correspondente ao “[...] assumir, por parte da ordem jurídica portuguesa, de uma característica essencial do ordenamento comunitário [...]: o facto de o direito comunitário ter chamado a si a autoridade para estabelecer o seu relacionamento com as ordens jurídicas dos Estados-membros [...]” (Rui Manuel Moura Ramos, “O Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa...”, cit., pp. 381/382, nota 35). Implica esta vertente do preceito uma *limitação* (uma limitação que é, todavia, condicional) ao controlo jurisdicional nacional, significando que o DUE (todo o DUE) adquire *imunidade* ao nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade e, concretamente, à intervenção do Tribunal Constitucional no quadro do artigo 277.º, n.º 1, da CRP. Neste caso, sendo óbvia a mensagem normativa contida no artigo 8.º, n.º 4, da CRP, de exclusão de um *controlo regular* da constitucionalidade do DUE aplicável em território português, valem as asserções seguintes, invariavelmente sublinhadas pela nossa Doutrina: “[...] o Direito da UE não pode ser declarado inconstitucional nem desaplicado por alegada inconstitucionalidade ou por qualquer tipo de desconformidade com normas de direito interno (leis orgânicas, etc.). Nem o Tribunal Constitucional nem os demais tribunais podem julgar sobre a conformidade das suas normas com a Constituição ou outro instrumento de direito interno. Sob esse ponto de vista, a primazia do direito da UE traduz-se na sua imunidade face ao sistema constitucional de fiscalização da constitucionalidade e da «legalidade reforçada». A norma do art. 8.º-4 implica, portanto, uma derrogação das normas constitucionais de garantia da Constituição em relação ao direito comunitário, não valendo para este a norma do art. 277.º-1 da CRP, segundo a qual «são inconstitucionais as normas que infringem o disposto na Constituição ou nos

*princípios nela consignados». [...]» (J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *CRP. Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, cit., p. 270). É este o plano que confere sentido atuante à “[...] *prevalência tendencial do Direito da União Europeia sobre as normas de direito interno, inclusivamente sobre as normas de direito constitucional*, [que] *representa justamente uma peça chave do compromisso europeu assumido pelo texto atual da Constituição [...]»* (Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa Num Contexto Global*, cit., p. 378);*

**(B) No outro plano**, também perspetivado na compaginação dispositiva do artigo 8.º, n.º 4 da CRP, por via do trecho final de sentido *contralimitador* – “[...] *com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*” –, vale, relativamente ao DUE, como que o “*restabelecimento*” daquilo que, em rigor, sempre esteve latente: o alcance jurisdicional nacional (a competência material) decorrente do artigo 277.º, n.º 1, da CRP. Com efeito, se “[do artigo 8.º, n.º 4] *só pode retirar-se [...] [o] sentido de uma limitação da jurisdição do Tribunal Constitucional [...]»*”, isso deixa de suceder, por via do inciso final do preceito, ao *reabrir* este a essa jurisdição o “[...] *confronto de normas de direito comunitário com a lei fundamental do país*” (José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 33/34, nota 34). Cessa, pois, neste segundo plano, quantitativamente escasso (estamos a referenciar a ideia de *quantidade* ao universo do DUE), desde logo quanto ao nível de proteção dos direitos fundamentais (cujo conteúdo e garantia já se encontram amplamente cobertos pelo DUE, gozando em tal quadro de um nível de proteção funcionalmente equivalente ao propiciado pela jurisdição nacional, concretamente pelo Tribunal Constitucional), esse elemento característico, invariavelmente afirmado pela jurisprudência do TJUE [desde o Acórdão *Foto-Frost*, de 22/10/1987 (proc. 314/85)] traduzido na circunstância da primazia do DUE implicar a exclusividade do controlo da validade deste pelo TJUE [“[a]tribuído o artigo 173.º [o sentido da referência vale, atualmente, para o artigo 263.º do TFUE] *a competência exclusiva ao Tribunal para anular um ato de uma instituição comunitária, a coerência do sistema exige que o poder de declarar a invalidade do mesmo ato, se ela for suscitada perante um órgão jurisdicional nacional, seja igualmente reservada ao Tribunal*” (parágrafo 17 do Acórdão *Foto-Frost*)].

No quadro de uma compreensão articulada do artigo 8.º, n.º 4, com o n.º 6 do artigo 7.º da CRP, estarão em causa elementos característicos da *identidade constitucional* da República – com efeito, logo no seu artigo 2.º, a Constituição identifica a República Portuguesa como Estado de Direito democrático – que condicionam a própria possibilidade de “[...] *convencionar o exercício em comum, em cooperação ou pelas instituições da União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*”.

**2.6.3.** Ora, modelada a intervenção do Tribunal Constitucional quanto ao relacionamento com o DUE nos termos acabados de caracterizar, significando isso a persistência, nesse plano, de um acervo competencial próprio da jurisdição constitucional nacional, já não meramente latente mas efetivo, não pode tal alcance jurisdicional deixar de incluir (*rectius*, de expressar) a atuação do elemento central de relacionamento de uma jurisdição com a sua própria competência (com o seu espaço legítimo de atuação): determinar autonomamente o que cai dentro e fora dela, interpretando o texto que enuncia esse elemento, assumindo, pois, aquilo que se designa na teoria da jurisdição como *competência da competência* – a *competência da competência dos tribunais*, correspondente à segunda aceção da expressão já antes referida (cfr. a distinção dos dois sentidos da expressão em Miguel Galvão Teles, “A Competência da Competência do Tribunal Constitucional”, cit., p. 107) .

Assim se expressa a construção, invariavelmente presente na teoria da jurisdição, segundo a qual qualquer tribunal aprecia autonomamente a sua própria competência, definindo-a positiva ou negativamente. Se esta definição tem lugar, como aqui é o caso, fora de um quadro onde caiba qualquer tipo de controlo heterónimo (internamente, porque nos situamos no topo da hierarquia; e, além deste plano, não existe estruturação competencial alguma que permita um controlo do exercício da *competência da competência* por parte do Tribunal Constitucional português), estamos perante uma definição necessariamente final da competência, pese embora isto não preclua um eventual controlo heterónimo dos efeitos do exercício de tal competência (mas não *da competência da*

*competência*), na estrita medida em que tal possa espoliar o funcionamento do sistema regional de controlo jurisdicional instituído pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a que o Estado português se encontra vinculado internacionalmente.

Não obstante, e é o aspeto que aqui interessa destacar, “[...] *no limite, alguém exercerá, a título final ou pretendidamente final, a competência da sua competência – que mais não seja, a competência de declarar se é ou não competente para decidir da competência de outros tribunais*” (Miguel Galvão Teles, “A Competência da Competência do Tribunal Constitucional”, cit. p. 111). E, enfim, o facto de o Tribunal reclamar a última palavra sobre a extensão dos seus poderes de controlo implica logicamente a afirmação dessa sua *competência (competência da competência)* para decidir *definitivamente* todas as questões a respeito da sua própria competência.

Não obstante as particularidades do caso português, onde avulta a existência de uma clara opção do legislador constitucional de aceitação do primado em quase toda a extensão e consequências afirmadas pelo TJUE, vale, quanto ao sentido que subjaz à existência de uma fronteira entre os dois planos de incidência do controlo constitucional nacional que coexistem no n.º 4 do artigo 8.º da CRP, a asserção seguinte: “[...] *no que se refere ao respeito pelos limites constitucionais estabelecidos pela Constituição portuguesa à aplicabilidade do direito da União Europeia na nossa ordem interna, a última palavra não pode deixar de estar reservada ao Tribunal Constitucional, ou seja, ao ‘tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional’ (artigo 221.º da Constituição).*” (Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa Num Contexto Global*, cit., p. 389).

**2.6.4.** A existência de uma *fronteira* – mais até de uma *zona fronteira* – por via da compaginação do sentido dos artigos 7.º, n.º 6, e 8.º, n.º 4, da CRP, marcando espaços em que permanece plenamente ativada a competência da jurisdição constitucional, relativamente à conformidade do DUE “[à] *Constituição ou [aos] princípios nela consignados*” (artigo 277.º, n.º 1, da CRP), confere um sentido estratégico ao exercício da *competência da competência* pelo Tribunal Constitucional, expressando esse elemento o ponto fulcral da *mensagem normativa* contida no n.º 4 do artigo 8.º.

A tal respeito, mais do que uma definição por enumeração de matérias integrantes dessas *cláusulas de salvaguarda* constitucional, importa fixar um critério, com vocação de generalidade, apto a orientar o intérprete no posicionamento das diversas situações apresentadas ao Tribunal nesse espaço de fronteira que separa a inibição do pleno acesso da jurisdição constitucional ao DUE.

Na dilucidação desse critério importa valorizar, enquanto chave de compreensão da formulação genérica contida na norma constitucional, a expressão de uma intencionalidade, fundamentalmente dinâmica, de perspetivar, como reserva estratégica, a subsistência de um espaço autónomo de controlo nacional, ressalvado no trecho final do n.º 4 do artigo 8.º, por referência à ideia de desvirtuamento da essência significativa do forte compromisso da Constituição da República Portuguesa com o projeto europeu, ao assumir um expressivo *investimento de confiança* neste. Tal projeto (o que ele significa e traduz) já envolve, na sua própria natureza, uma garantia de efetividade dos *valores (rectius, dos princípios) fundamentais do Estado de direito democrático*, quando posicionado face ao conteúdo do artigo 2.º, da CRP, no qual facilmente encontramos a base afirmativa do inciso final do artigo 8.º, n.º 4. Vale, pois, a asserção de que esse projeto já reflete, realiza e propicia, com elevado grau de segurança, valores paramétricos equivalentes aos reconhecidos no nosso texto constitucional, designadamente através do controlo jurisdicional do TJUE – cuja natureza, na esfera própria do DUE, é funcionalmente homóloga, na sua dimensão garantística, do controlo realizado pelo Tribunal Constitucional.

**2.6.4.1.** Por outro lado, ainda relativamente à delimitação do alcance da jurisdição constitucional nacional, também se assinala como *contralimite*, cujo sentido importa integrar na formulação de um critério geral de acesso do Tribunal Constitucional ao DUE, o que antes mencionámos aludindo à

defesa da *identidade constitucional* da República. Com efeito, no quadro de um recurso de constitucionalidade, perante a *demonstração* de que a questão colocada respeita a uma matéria em que estão em causa compromissos constitucionais cuja garantia, pela sua essencialidade ou particularidade, só pode ser *eficazmente* assegurada pelo guardião da Constituição, a competência do Tribunal Constitucional deve reputar-se inalienável, como sucede, desde logo, com a base afirmativa contida nos artigos 5.º e 6.º da CRP, e é salvaguardado, aliás, entre outros aspetos, pelo artigo 4.º, n.º 2, do TUE. Por outras palavras, trata-se de domínios em que, por natureza, o TJUE não pode assegurar um controlo *funcionalmente* equivalente e que extravasam da convenção do “[...] *exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*”.

**2.7.** Tendo por base este enquadramento, constitui tarefa do Tribunal Constitucional, confrontado que seja com questões de inconstitucionalidade referidas ao DUE, proceder à filtragem, num plano de exercício da *competência da competência* – aqui perspetivada no sentido em que esta expressão é usada na teoria da jurisdição –, das situações nas quais está em causa a aplicação do trecho inicial do n.º 4 – à luz das exigências do primado no mesmo ínsito e da ordem jurídica da União –, com o conseqüente descartar de tudo aquilo que se situe, tendo presente a teleologia que subjaz ao segmento final da mesma disposição, fora do alcance jurisdicional do Tribunal Constitucional. E isto não deixará de ser assim (de conduzir ao descartar da situação pretensamente correspondente ao inciso final do artigo 8.º, n.º 4) mesmo quando a construção da questão de inconstitucionalidade pretendida colocar assente na invocação de parâmetros constitucionais aos quais, pese embora poderem integrar, num plano abstrato, *traços caracterizadores do Estado de direito democrático*, falte densidade axiológica suficiente para elevar essas referências a um patamar concreto de fundamentalidade e especificidade identitária nacional, sem correspondência na garantia propiciada pelo plano global de incidência e de atuação do DUE.

Significa isto que a recusa de aplicação – e, logicamente, o acesso da jurisdição constitucional nacional – de uma norma de DUE (i.e., a ativação do *contralimite* que subjaz ao trecho final do n.º 4 do artigo 8.º) pressupõe a incompatibilidade com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, nesse âmbito (incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE), não goze de um valor materialmente paramétrico equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição da República Portuguesa, designadamente por integrar a *identidade constitucional da República*, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do “[...] *exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*”. Daqui decorre – e corresponde à segunda alternativa que interpretativamente se configura no n.º 4 do artigo 8.º – o seguinte: sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de Direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico funcionalmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional não aprecia a compatibilidade daquela com esta última, devendo proferir uma decisão de abstenção do conhecimento.

Este constitui o critério geral – *rectius*, o *critério constitucional* – de aferição diferenciada da competência do Tribunal Constitucional, no quadro do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, enquanto reflexo dos termos da *decisão europeia* caracterizada no artigo 7.º, n.º 6, da CRP.

**2.7.1.** Projeta este critério elementos que nos situam, na sua concretização prática no quadro do presente recurso, num plano de evidência que porventura suportaria uma justificação muito sumária, quase intuitiva, dos fundamentos da exclusão, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, da intervenção deste Tribunal. Com efeito, invocando a recorrente a violação de um princípio (o princípio da igualdade) que constitui parâmetro (constitui, aliás, património) comum no plano constitucional nacional e no plano do DUE e sendo facilmente demonstrável que o controlo



jurisdicional propiciado pelo Tribunal Constitucional e pelo TJUE expressam em tal domínio uma garantia funcionalmente equivalente, nada nesta situação autorizaria uma definição da questão de competência que ativasse o controlo por este Tribunal da questão de inconstitucionalidade pretendida apresentar.

Sendo esta asserção intuitiva no caso concreto, não deixaremos, todavia, de a justificar com um pouco mais desenvolvimento, tratando-se, como acima referimos no final do item 2.6., da primeira vez que o Tribunal expressamente equaciona e caracteriza, por referência ao artigo 8.º, n.º 4, da CRP, os termos em que lhe é acessível o DUE, no quadro da fiscalização concreta da constitucionalidade de normas, valendo nesse aprofundamento a demonstração, em ação, dessa regra geral.

O critério que enunciámos no item anterior, pressupondo uma comparação de valores paramétricos e de planos funcionais de controlo nas duas ordens jurídicas, necessariamente induz um percurso interpretativo em que a evidenciação do resultado – a afirmação ou a exclusão da intervenção do Tribunal Constitucional – assenta numa análise na dupla vertente do DUE e do direito constitucional nacional.

À luz da ordem jurídica da União, posto que a filtragem das situações conducentes à aplicação do trecho inicial do n.º 4 (e ao correspondente descartar do trecho final desse mesmo número) necessariamente pressupõe o posicionamento da norma em causa no âmbito do DUE, determinando em tal quadro o seu sentido. Uma vez apurado esse elemento (porventura com recurso ao processo das questões prejudiciais, afora os casos em que este, nos seus próprios termos, dispensa o recurso a essa adjetivação), essa filtragem postula a caracterização da situação face ao direito constitucional nacional, desta feita para determinar, neste contexto, se se está *aquém* da incidência de princípios fundamentais do Estado de direito democrático, que constituam expressão do núcleo identitário nacional subtraído à projeção na ordem interna do DUE, nos termos estabelecidos por ele próprio (diretamente projetado e prevalecente).

**2.7.1.1.** Assim, na perspetivação do problema colocado ao Tribunal à luz do DUE, tomando por base a caracterização dos dados de facto relevantes já efetuada (nos itens 2.2. e 2.2.1., *supra*), extrai-se, ponderando as diversas incidências do DUE, a conclusão da inexistência de qualquer violação do princípio da igualdade.

Valem nesse caso, como lugares equivalentes no DUE da sede constitucional do nosso princípio da igualdade, e centrando-nos na temática específica do recurso, além do artigo 2.º, do TUE, e dos artigos 18.º e 19.º do TFUE, os artigos 20.º (*igualdade perante a lei*: “[*t*]odas as pessoas são iguais perante a lei.”) e 21.º, n.º 1 (*não discriminação*: “[*é*] proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.”), da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* [CDFUE (cfr. o artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do TUE: “[*a*] União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.”)].

A circunstância, por de mais evidente, de estarmos perante uma situação de *aplicação do Direito da União* (tratou-se de interpretar uma disposição de um Regulamento comunitário), gera, como anteriormente referimos, a competência última do TJUE, aqui – repete-se – já exercida através do Acórdão de 11/12/2014, proferido no processo C-128/13 (cfr. itens 1.2.2. a 1.2.4., *supra*), nos termos do artigo 51.º, n.º 1, da CDFUE (“[*a*]s disposições da Carta têm por destinatários as instituições e órgãos 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 respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.”). Em tal quadro, a incidência interpretativa da *Carta* na aplicação do DUE, deve *ter na*

*devida conta* (como impõem o artigo 6.º, n.º 1, terceiro parágrafo, do TUE e o artigo 52.º, n.º 7, da CDFUE) as anotações a esta – as *Anotações Relativas À Carta dos Direitos Fundamentais* (publicadas no *Jornal Oficial*, n.º C 303, de 14/12/2007).

Ora, no que concerne ao DUE, tanto as anotações ao artigo 20.º, como ao artigo 21.º, da CDFUE, propiciam um respaldo seguro e indiscutível a uma afirmação de conformidade do DUE interpretado pelo TJUE ao princípio da igualdade, designadamente por via do Acórdão *Karlsom*, de 13/04/2000 (processo C-292/97), expressamente indicado como precedente a projetar interpretativamente na anotação ao artigo 20.º da *Carta*, em concreto na seguinte passagem: “[o] artigo 40.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Tratado [atual artigo 40.º, n.º 2, segundo parágrafo, do TFUE], que consagra a proibição de qualquer discriminação no âmbito da Política Agrícola Comum, mais não é do que a expressão específica do princípio geral da igualdade, que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento diferente for objetivamente justificado (acórdãos de 20 de setembro de 1988, *Espanha/Conselho*, 203/86, *Colect.*, p. 4563, n.º 25, e de 17 de abril de 1997, *EARL de Kerlast*, C-15/95, *Colect.*, p. I-1961, n.º 35)” (parágrafo 39).

Verifica-se, pois, quanto ao DUE, a falta de relevância da afirmada existência de uma discriminação arbitrária: a diferenciação afirmada pela recorrente, não envolvendo qualquer elemento atinente às chamadas *categorias suspeitas* (como prototipicamente sucede com as referências elencadas no n.º 2 do artigo 13.º da CRP e no n.º 1 do artigo 21.º da CDFUE), e ao assentar em relevantes especificidades diferenciadoras, presentes em cada uma das situações pretendidas comparar, nunca corresponderia a um tratamento diferente – admitindo que há realmente tratamento diferente dos dois grupos de exportadores apoiados – que pudéssemos qualificar, por ausência de uma base de justificação objetiva, como arbitrário. Isso, aliás, há que pressupor ter sido intuído – desde logo pela natureza evidente da situação – na fixação do sentido do artigo 19.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, pelo TJUE, no Acórdão *A. Lda. c. Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP*, de 11/12/2014, ora visado pela recorrente.

É neste quadro que a *clarificação do ato* propiciada pelo TJUE através do Acórdão *A.*, aqui projetado como *ratio decidendi* pela decisão recorrida, a par da essência de *ato claro* com que a situação ostensivamente se nos apresenta, exclui que este Tribunal equacione qualquer reenvio ao TJUE para esclarecimento do sentido ou para pronúncia sobre a validade do artigo 19.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85, na interpretação que (já) lhe foi fixada pelo referido órgão jurisdicional, quanto ao princípio da igualdade: seria descabido, que este Tribunal questionasse o TJUE sobre a incidência desse princípio na interpretação subjacente ao Acórdão *A.*, quando isso é evidente e significaria solicitar a “interpretação” da interpretação já efetuada.

Verificam-se, pois, as situações de dispensa à obrigação de reenvio decorrentes da jurisprudência *CILFIT – acte éclairé e acte clair*. E, enfim, a circunstância da qualificação nesses termos da situação valer como afirmação da competência do TJUE coloca-nos fora do plano em que usualmente se situam as críticas, no seio da Doutrina juscomunitária, a um certo “abuso” na referenciação da existência de um *ato claro*, como forma de evitar o resultado não desejado (mas pressentido) de um reenvio: “[a]s condições estritas às quais a implementação da doutrina do «acte clair» está sujeita, visam prevenir os tribunais nacionais do ‘abuso’ dessa doutrina, como meio de iludir a respetiva obrigação de obterem uma decisão preliminar do TJUE nas situações em que não estão inclinados a aderir à «case-law» do Tribunal” (Koen Lenaerts, Ignace Maselis, Kathleen Gutman, *EU Procedural Law*, cit., p. 100). Trata-se aqui, precisamente, no que afasta a cobertura teleológica deste argumento, de seguir o constante *Direito do caso* do TJUE, afirmando a competência, em toda a linha, da jurisdição europeia, designadamente no domínio da interpretação do DUE (artigo 267.º, do TFUE).

Essa conformidade constitui, com efeito, um dado assente – que se nos apresenta como evidente na clarificação já operada do sentido do ato em causa –, sendo certo que, na perspetiva dinâmica do DUE (da interpretação e aplicação do DUE), vale a afirmação, aqui evidenciada à saciedade, de “[...] não [poderem] existir situações que estejam abrangidas pelo Direito da União em que [os direitos fundamentais garantidos pela Carta] não sejam aplicados. [Implicando a] aplicabilidade do Direito da União

[...] a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta.” (parágrafo 21 do Acórdão do TJUE de 26/02/2013, caso *Åkerberg Fransson*, proc. C-617/10).

A conclusão quanto ao sentido da norma em causa no âmbito do DUE, tal como interpretada pelo TJUE – que envolve a constatação da conformidade dela nesse domínio –, dispensa o órgão jurisdicional nacional de lançar mão de uma questão prejudicial de validade, por referência à CDFUE (em conformidade com a jurisprudência *Foto-Frost*) – pressuposto, como se referiu, da aplicação do primeiro trecho do n.º 4 do artigo 8.º da CRP e do consequente afastamento do seu trecho final.

**2.7.1.2.** Paralelamente, na perspetiva do Direito Constitucional nacional, como é sabido não basta a mera invocação do artigo 13.º da CRP, no quadro da pretensão de construir um recurso de constitucionalidade, para concluir – mesmo que apenas para afirmar positivamente a verificação de um pressuposto processual – pelo afastamento da aplicação da primeira parte do n.º 4 do artigo 8.º e pela recondução da situação ao segundo segmento da norma.

É inequívoco que o princípio constitucional da igualdade vale no quadro da “*justaposição de coisas*” contida na “*descrição enumerativa*” do artigo 2.º, da CRP (cfr. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, cit., p. 130: “[o] que [o artigo 2.º] contém é uma espécie de descrição enumerativa que nos leva a crer que, para a CRP, o que seja o ‘Estado de direito democrático’ é algo que resulta de uma justaposição de coisas como ‘soberania popular’, ‘pluralismo de expressão e organização política democráticas’, ‘respeito e garantia de efetivação de direitos e liberdades fundamentais’, ‘separação de poderes’ [, sendo que], cada uma destas expressões denomina direta ou indiretamente outros tantos princípios – eles próprios muito abrangentes, e com um conteúdo vastíssimo – que reaparecerão como princípios estruturantes de todas as restantes partes da Constituição”).

Porém, essa correspondência abstrata – quase só decorrente da recitação do princípio, como se se tratasse de uma espécie de «*Abre-te Sésamo*» – não basta ao preenchimento do inciso final do n.º 4 do Artigo 8.º da CRP, não propiciando, por si só, o acesso à jurisdição constitucional nacional (o acionar da competência desta). Com efeito, a simples invocação de questões de inconstitucionalidade cuja construção é indistintamente artificial, não prefigurando uma efetiva correspondência ao plano substancial qualificado que justifica a reativação, contra o que é fortemente preponderante nesse n.º 4, do alcance jurisdicional do Tribunal, ao envolver a possibilidade de afastamento da aplicação do DUE na ordem interna, nos termos por ele definidos. Tais situações, pela sua notória inconsistência, devem ser afastadas – *i.e.*, assumidas pelo Tribunal Constitucional como estranhas à sua competência neste domínio. A apreciação de questões deste tipo desvirtuaria o sentido da norma constitucional, através da banalização do que ela, com uma muito expressiva preponderância, pretendeu afastar. Outra postura – mesmo que referida à simples construção da aparência de um pressuposto processual –, frustraria o sentido da decisão constitucional subjacente à construção dessa norma.

**2.8.** O recurso pretendido configurar pela recorrente, sendo atinente a direitos fundamentais, perspetiva uma situação específica (um domínio temático particular) que aprofunda o sentido do afastamento da intervenção do Tribunal Constitucional, evidenciando um valor paramétrico equivalente nas duas ordens que só poderia induzir um controlo jurisdicional redundante em qualquer uma delas.

Ora, a Constituição da República Portuguesa exclui essa situação, no que vale pela evidência do alinhamento e da interpenetração dos valores fundamentais que a este nível ocorre, entre a União Europeia e a ordem jurídica nacional e, conseqüentemente, à garantia efetiva que essa identidade comum propicia – aqui na perspetivação pela jurisdição nacional – ao DUE e à intervenção que nesse domínio é protagonizada pelo TJUE, constituindo esta incidência um elemento central da decisão constitucional plasmada na revisão de 2004.

Não se trata, aqui, de uma mera coincidência axiológica, mas sim de um dos sinais (e dos resultados) da profunda afinidade histórica, cultural e jurídica que une os Estados-membros e dá forma à ordem jurídica que partilham. Ora, ligados por nervuras comuns, os sentidos normativos convergentes para que tendem os sistemas jurídicos nacionais e da União favorecem, como não podia deixar de ser, a respetiva interação, propiciando uma forte base de confiança relacional. E isto vale para a perspetivação institucional, referida ao controlo jurisdicional do respeito por esses valores pelo TJUE, como dimensão específica abarcada no primeiro segmento normativo do n.º 4 do artigo 8.º da CRP.

Quer isto dizer, projetando um sentido geral à construção dos pressupostos da ativação do segmento final do mesmo n.º 4 (que forneça critérios seguros de abordagem de situações futuras), que essa construção de uma questão de constitucionalidade referida ao DUE, apta a ser apreciada no quadro do inciso final da norma constitucional referida – no que justifica a afirmação da sua baixa probabilidade de ocorrência – assentará no seguinte critério geral, já antes caracterizado mas aqui destacado com a vocação de generalidade que este Tribunal pretendeu imprimir à apreciação do presente recurso:

Nos termos do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, o Tribunal Constitucional só pode apreciar e recusar aplicação a uma norma de DUE, caso a mesma seja incompatível com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, no âmbito próprio do DUE – incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE –, não goze de valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do “[...] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia”. Ao invés, sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE (segundo os meios contenciosos previstos no DUE), o Tribunal Constitucional abstém-se de apreciar a compatibilidade daquela norma com a Constituição.

Uma outra perspetiva menos exigente banalizaria a intervenção do Tribunal Constitucional, num quadro onde a mesma foi constitucionalmente configurada muito restritivamente, e – consequência não menos constitucionalmente indesejada –, em aberto desafio à aceitação da projeção do DUE na ordem interna nos termos pelo próprio definidos, criaria um mecanismo interno, de fácil ativação, onde a constante discussão deste, à margem e em aberto desafio aos seus próprios termos, originaria um sistema nacional espúrio, sem qualquer respaldo no quadro constitucional de interação entre as ordens jurídicas nacional e europeia.

Com efeito, não foi substanciada pela recorrente, por via da concreta questão de inconstitucionalidade construída em torno da invocada violação do princípio da igualdade, reportada a uma interpretação do TJUE relativamente ao DUE, uma questão que evidencie um mínimo de correspondência ao segmento final do artigo 8.º, n. 4 da CRP: “[...] *princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”.

É, enfim, o que nos resta afirmar, decidindo não tomar conhecimento do recurso pretendido interpor.

### III – Decisão

3. Em face do exposto, decide o Tribunal Constitucional não tomar conhecimento do recurso interposto por A1, Lda.

Custas pela Recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 30 unidades de conta, tendo em atenção os critérios definidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (cfr. artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Lisboa, 15 de julho de 2020 – *José António Teles Pereira* – *Fernando Vaz Ventura* – *Maria de Fátima Mata-Mouros* – *Gonçalo de Almeida Ribeiro* -

[o relator atesta, nos termos do disposto no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, aditado pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, o voto de conformidade ao presente Acórdão do Conselheiro *Lino Rodrigues Ribeiro*] (*José António Teles Pereira*) – *Joana Fernandes Costa* – *Maria José Rangel de Mesquita* – *Pedro Machete* – *João Pedro Caupers* – *Manuel da Costa Andrade*