

Quem pode ser o defensor do direito da União Europeia? (O “recurso por contrariedade” do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LOFPTC, na fiscalização concreta do Tribunal Constitucional)

José Manuel Ribeiro de Almeida
Procurador da República

SUMÁRIO: I. PREÂMBULO. 1. Artigo 70.º (*Decisões de que pode recorrer-se*), n.º 1, alínea i), da LOFPTC. 2. *Occasio*. 3. Os tratados institutivos da União são “convenções internacionais”? 4. Método: *hermenêutica jurídica*. 5. Razão de ordem. II. TEXTO DA LEI. 1. O TFUE como “tratado (-norma) internacional”. 2. Restrição teleológica? III. CONTEXTO DA LEI. 1. A ordem jurídica da União e a dos Estados-Membros: princípios de articulação. 2. Aplicabilidade direta. 3. *Efeito direto*. 4. *Primado* do direito da União sobre o direito legal interno (*contrário ou incompatível*). 5. *Aplicação descentralizada*. IV. GARANTIA JUDICIAL DO DIREITO DA UNIÃO. 1. Exclusão pelo sistema (de *garantia judicial*)? 2. Atribuições *partilhadas*, competências *diferenciadas*. 3. Os artigos 7.º, n.º 4, e 8.º, n.º 4, da Constituição. 4. O *processo de decisão a título prejudicial*. 5. *Idem*: alguns aspetos do modo-de-usar. 6. *Idem*: “dever de reenvio”, pelo Tribunal Constitucional 7. *Idem*: limites funcionais (exclusão da apreciação da *conformidade* do Direito nacional). 8. *Idem*: o *Parecer* n.º 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) ... e a jurisprudência *Foto-Frost*. 9. Breviário de uma visão integrada da *partilha de jurisdição*. 10. Competência jurisdicional e “contrariedade”. V. SINOPSE DE CONCLUSÕES.

«[...] the competence of the Court of Justice to decide issues of Community Law is based on exclusive jurisdiction over certain classes of litigation and, outside the limits of that exclusive territory, it rests on procedures for sharing jurisdiction with national courts.»

J. L. MASHAW, “Ensuring the Observance of Law in the Interpretation and Application of the E.E.C. Treaty: The Role and Functioning of the Renvoi d’Interpretation Under Article 177”,
7 *Common Market Law Review*, 271, 260-261 (1970)

I. PREÂMBULO

1. ARTIGO 70.º (DECISÕES DE QUE PODE RECORRER-SE), N.º I, ALÍNEA I), DA LOFPTC

O presente estudo versa sobre o *enunciado normativo* da alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º (*Decisões de que pode recorrer-se*) da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (*Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional* – doravante, LOFPTC), e sobre a *norma jurídica* que o mesmo expressa.

Este preceito legal foi aditado ao elenco de “decisões dos tribunais” recorríveis para o Tribunal Constitucional, no âmbito dos *processos de fiscalização concreta*, pela Lei n.º 85/89, de 7 de setembro (*Introduz alterações à Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*)^[1].

[1] Quanto aos *trabalhos preparatórios* desta lei, na apresentação do Projeto de Lei n.º 424/V, não foi mencionado este novo tipo de recurso. No debate, na generalidade, há a registar apenas que um Deputado (José Magalhães, do PCP) aludiu à «[...] intervenção

do Tribunal Constitucional na melindrosa questão do relacionamento entre a ordem interna e a ordem internacional, entre actos normativos produzidos em Portugal e actos de Direito Internacional que sobre eles devam deter primazia» (Diário da Assembleia da

República, 13 de julho de 1989, pp. 5161 a 5182 (*maxime*, 5162, 5163, 5170 e 5173). Esta via de recurso não tem base constitucional *imediate* [pois não consta da enumeração do artigo 280.º (*Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade*), n.ºs 1 e 2],

De modo que, assim, ficou legalmente consagrada a ampliação dos casos atribuídos à *competência jurisdicional* do Tribunal Constitucional, exercida por via de *recurso* e no quadro dos “processos de fiscalização concreta”. Em termos tais que, para além da apreciação dos casos de *inconstitucionalidade* e de *ilegalidade*, originariamente previstos nesse elenco legal, por força do referido aditamento o mesmo engloba, desde então, ainda a apreciação de casos de *contrariedade*.

O enunciado legal em causa é, na íntegra, o seguinte: «Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção [...] das decisões dos tribunais: Que recusem a aplicação de norma constante de *acto legislativo* com fundamento na sua contrariedade com uma *convenção internacional*, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.»^[2]

Finalmente, convém relevar que a “decisão de contrariedade” é um dos fundamentos de *recurso obrigatório* para o Ministério Público, nos termos do n.º 3 do artigo 72.º (*Legitimidade para recorrer*), da LOFPTC.

mas *mediata* [por força da cláusula de habilitação constitucional para “prorrogação legal” constante do n.º 3 do artigo 223.º (Competência)]. Assim, alguma doutrina, especialmente qualificada, expressou reservas sobre «[a] possibilidade de a lei estender a competência do Tribunal Constitucional (art. 225.º, n.º 3, da CRP)», na medida em que «não parece que tenha em vista a função principal deste Tribunal, expressamente autonomizada pela Constituição, isto é, a apreciação da inconstitucionalidade e ilegalidade de normas jurídicas [artigos 225.º, n.º 1, e 227.º e segs. da CRP]», mas termina, todavia, por concluir que «[a] questão mereceria, contudo, um maior aprofundamento» – cfr. RUI MEDEIROS, “Relações entre normas constantes de convenções internacionais e normas

legislativas na Constituição de 1976”, *O Direito*, 1990, p. 376.

[2] Para efeitos de saber se o *direito primário* da União pode, ou não, integrar o “bloco convencional”, à luz do qual é apreciada a eventual “contrariedade”, não é relevante saber qual dos dois tipos de fundamentos do recurso está em causa, ou seja, se de decisões: i) que *recusem de aplicação* da norma constante de *ato legislativo*, com fundamento na sua contrariedade com uma *convenção internacional*; ou que ii) a *apliquem em desconformidade* com o anteriormente decidido sobre a questão pelo TC (convém acrescentar que a lei não prevê, como terceiro tipo de fundamento deste recurso, os casos de *aplicação de norma cuja contrariedade* com uma *convenção internacional* tenha sido *suscitada durante o processo*, ou seja, o recurso

de “decisões negativas”, diversamente do que sucede com os demais recursos em matéria de *inconstitucionalidade* e de *ilegalidade*, que o admitem, nos termos constantes das alíneas b) e f) do *elenco legal*). Em geral, sobre esta via de recurso, na doutrina de referência, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3.ª ed., revista e atualizada, Coimbra: Almedina, pp. 38-39, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1042 a 1047; CARLOS BLANCO DE MORAIS, no proeminente tratado da *Justiça Constitucional / O direito do contencioso constitucional*, tomo II, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 700-704, e FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça constitucional*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 197-197.