

SEPARATA

RPDC N.º 3 (2023)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



*Acórdão n.º 268/2022 – Perspectivas a Partir do Prisma da Tutela Multi-Nível de Direitos Fundamentais e do Diálogo Inter-Jurisdicional**

Vânia Costa Ramos

Advogada;

Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Investigadora não integrada do CIDPCC - Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais

vaniacostamos@carlospintodeabreu.com

I. Introdução

O presente texto corresponde à intervenção oral proferida no V Seminário da Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional, em 14 de Dezembro de 2022¹. Por este motivo, não contém todas as referências bibliográficas usuais, mas apenas os textos imediatamente utilizados na comunicação oral, cujo estilo foi mantido. Trata-se o Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional (TC)², com foco na metodologia adoptada quanto à questão da tutela multi-nível dos direitos fundamentais e do papel do direito da União como *standard* normativo a considerar pelo TC. Este aspecto está muitas vezes ausente ou matizado nos comentários à decisão, mais focados nas

* Por opção da Autora, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

¹ Agradecemos o honroso convite ao Presidente da Direcção da AATRIC, Dr. António Manuel Abrantes, e à sua Vice-Presidente, Dr.ª Bárbara Churro.

² Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Relator: Conselheiro Afonso Patrão, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html> [consulta em 19.11.2023].

consequências do juízo positivo de inconstitucionalidade que resultou deste aresto e das respectivas consequências e desafios para os poderes legislativo, executivo e judicial. Neste texto não é objecto de tratamento o mérito da decisão ou a questão de constitucionalidade material suscitada. Apresenta-se tão só uma primeira e singela leitura do Acórdão nessa outra perspectiva, sem pretensões de exaustividade, e sem que daqui se retire uma conclusão fechada sobre o método adoptado, a sua propriedade e repercussão nos resultados alcançados na decisão em causa. Procurou-se tão só abrir o palco ao diálogo sobre estes aspectos. O interesse e complexidade metodológica da decisão, numa perspectiva da tutela multi-nível de direitos fundamentais e do diálogo inter-jurisdicional, justificarão análises mais detalhadas sobre esta sua dimensão, que caberá fazer em outros locais.

II. O constitucionalismo multinível na UE – vários parâmetros e vários árbitros

O Acórdão n.º 268/2022 do TC é uma ilustração perfeita para um tema que tem sido objecto de discussão nos foros académicos e judiciais nas últimas décadas, intensificada após a aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE): o constitucionalismo e a protecção dos direitos fundamentais em sistemas multi-nível.

Em 1998, PERNICE desenvolveu o conceito, explicando que “[o] direito constitucional [...] já não pode [...] ser lido apenas a partir do texto da ‘Grundgesetz’, deve ser interpretado no seu ‘contexto’, formado pela constituição e legislação da CE ou, no futuro, da UE. Ambas as ordens jurídicas, embora autónomas quanto à sua origem, legitimidade e procedimentos legislativos, estão entrelaçadas, inter-relacionadas e são complementares, por vezes até interpenetradas, tanto institucionalmente como em substância. São, cada uma, elemento de um sistema constitucional único, obtendo a sua respectiva legitimidade dos mesmos cidadãos (europeus) e conferindo a autoridade para legislação e acção pública aplicável às mesmas pessoas. Sugeri chamar a este sistema ‘*Verfassungsverbund*’ (composto de constituições) – uma expressão que sublinha a natureza constitucional do processo europeu e significa, de facto: ‘constitucionalismo multi-nível’. Isto, creio, descreve a União Europeia (UE) de forma mais adequada do que o termo ‘composto de Estados’, utilizado pelo Tribunal Constitucional no seu acórdão sobre o Tratado de Maastricht, e parece já ter encontrado alguma aceitação entre os meus colegas alemães” (citações omitidas)³.

³ INGOLF PERNICE, “Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional

A UE é, sem dúvida, um “sistema multi-nível”. Neste sistema, abstraindo aqui de entrar nos nódulos problemáticos mais complexos, o nível constituído pelo direito da União reclama para si o primado no respectivo âmbito de aplicação. Como é sabido, a aceitação do primado sobre o direito constitucional estadual não está isenta de controvérsia, com reflexo na jurisprudência dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros⁴. Em matéria de direitos fundamentais, o debate em torno do primado tem sido particularmente aceso, colocando-se (de uma forma simplificada) a questão de saber se, nesta matéria, prevalece sempre o direito fundamental que oferece maior nível de protecção (o que nem sempre é fácil de determinar quando existe um conflito entre dois direitos fundamentais), ou se, tal como em outras áreas, em caso de conflito entre os níveis de protecção, prevaleceria sempre o direito da União. Sendo este que determinaria se, num caso concreto, a aplicação de um direito fundamental consagrado na Constituição de um EM seria precluída pela aplicação do direito da União, nomeadamente pelo *standard* de protecção desse direito consagrado no direito da União.

Vários casos têm surgido na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre esta matéria, podendo dizer-se, de uma forma

Integration – German Constitution and «Multilevel Constitutionalism», in Eibe Riedel (ed.), *German Reports on Public Law. Presented to the XV. International Congress on Comparative Law*, Bristol 26 July to 1 August 1998, Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 42-43.

⁴ Vg. TC português, no (tardio) Acórdão n.º 422/2020, de 15 de Julho de 2021, Relator: José António Teles Pereira, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html> [consulta em 19.11.2023], com citação da jurisprudência de outros EM. Sobre este aresto, cf. por todos por RUI TAVARES LANCEIRO, “2020: um ano histórico para a relação entre o TC e o Direito da UE – Um breve comentário aos Acórdãos do TC n.º 422/2020 e n.º 711/2020”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review* 1-2 (2022), pp. 984-993. Como refere o autor, o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, “estabelece uma autorização constitucional para o primado do direito da UE sobre o direito português”. Assim, o Tribunal reconhece que os actos de direito da UE não estão sujeitos a fiscalização de constitucionalidade, como determinado pelo primado, sendo um exclusivo da jurisdição do TJUE a sua sindicância face aos direitos fundamentais consagrados na UE, reconhecendo o TC a legitimidade e equivalência de protecção do sistema da UE, nomeadamente do controlo jurisdicional pelo TJUE. Esta conclusão está apenas sujeita a uma limitação prevista na parte final, que, no Acórdão n.º 422/2020, o Tribunal interpretou como um “contra-limite”, sobre o qual entende ser o próprio TC quem “tem a última palavra sobre a delimitação da zona de fronteira prevista no mesmo”. No caso concreto, o Tribunal não considerou a invocação da violação do princípio da igualdade constante no artigo 13.º da CRP por um Regulamento da UE como suficiente para activar esse contra-limite. Esta situação verificar-se-ia quando a alegada violação da CRP pelo direito da UE se referisse a uma incompatibilidade com um princípio fundamental do Estado de direito democrático ausente, por falta de um equivalente, do direito da UE. *In casu*, como o princípio da igualdade tinha um valor paramétrico materialmente equivalente nas duas ordens jurídicas, tornando assim o controlo de constitucionalidade redundante, o Tribunal não activou a parte final do artigo 8.º, n.º 4, da CRP. Em bom rigor, assim sendo, nem teria de entrar na substância, pois o controlo da constitucionalidade do Regulamento seria violador do primado. Mas, como refere o autor, o Tribunal “não resistiu a acrescentar que não houve claramente qualquer violação do princípio da igualdade”.

simplista, que a posição deste Tribunal vem sendo no sentido de o direito fundamental estabelecido a nível dos EM apenas poder prevalecer quando tal não ponha em causa o primado, a unidade e a efectividade do direito da União. O que aconteceria nos casos em que o direito da União preclui a aplicação do direito dos EM, regulando exaustivamente uma determinada questão ou área – sendo fluida a determinação de quando se está perante tal situação⁵.

No que diz respeito à dimensão do diálogo entre as unidades constituintes do sistema multi-nível da União, são vários os seus canais, nomeadamente ao nível jurisdicional.

Por um lado, os tribunais dos EM com jurisdição, na respectiva unidade, para interpretar os direitos fundamentais consagrados no seu ordenamento podem buscar os sentidos interpretativos colhendo o exemplo dos tribunais dos outros EM. Igualmente, colherão argumentos na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). E, finalmente, na jurisprudência do TJUE. Neste diálogo, não estão obrigados a acolher, para interpretação das protecções dos respectivos textos fundamentais, as perspectivas e os *standards* de protecção dos direitos homólogos das Constituições dos outros EM, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), ou da CDFUE. No entanto, seria desejável que evidenciassem nas suas decisões o diálogo com tais posições, fundamentando o respectivo acolhimento ou divergência, que pode muito bem fundar-se em precedentes jurisprudenciais consolidados e fundados numa determinada perspectiva historicamente condicionada por idiosincrasias que distinguem um sistema de protecção dos demais. Caso concluam que a protecção conferida a nível interno é inferior àquela consagrada na CDFUE ou na CEDH, tal significará que, na prática, essa protecção cede perante a aplicação do direito com um nível de protecção mais elevado estabelecido nestes instrumentos europeus, por força dos artigos 53.º da CDFUE e 53.º da CEDH, segundo os quais os EM têm que garantir, quanto aos direitos consagrados nestes instrumentos, pelo menos o nível de protecção que estes conferem (*constituindo assim, como é hábito referir, um “chão” mínimo de protecção*).

Por outro lado, no desenvolvimento dos respectivos *standards* de protecção, através da interpretação da CDFUE e da CEDH, tanto o TJUE

⁵ Vg. Acórdão do TJUE de 26.02.2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal* [GS], C-399/11 (*Melloni*), ECLI:EU:C:2013:107; Acórdão do TJUE de 26.02.2013, *Åkerberg Fransson c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), ECLI:EU:C:2013:105; Acórdão do TJUE de 30.05.2013, *Jeremy F. c. Premier Ministre*, C-168/13 PPU (*Jeremy F.*), ECLI:EU:C:2013:358; Acórdão do TJUE de 05.12.2017, *M.A.S. & M.B. (Taricco II)*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936; Acórdão do TJUE de 17.01.2019, *Dzivev e Outros*, C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30.

como o TEDH deveriam olhar ao nível de protecção estabelecido nos textos fundamentais do EM, também aqui procurando identificar traços comuns e diferentes, para desenvolver a interpretação daqueles instrumentos. Pelo menos do ponto de vista teórico, o diálogo inter-jurisdicional será susceptível de “gerar um consenso mais alargado e, por outro lado, a coincidência, em muitos casos, dos parâmetros internacionais e nacionais”⁶. Em qualquer caso, da “multiplicação de sistemas de protecção, que constitui parte integrante do constitucionalismo multinível, não decorre necessariamente a unificação ao nível mundial de todos os comandos vinculativos em matéria de direitos fundamentais. Pelo contrário, o imbricado conjunto de valores, princípios e regras em que se funda o constitucionalismo multinível pressupõe a manutenção das regras nacionais, as quais devem ser interpretadas e aplicadas de modo a beneficiarem das experiências dos outros sistemas jurídicos, sejam eles quais forem – global, europeu ou até estrangeiro”⁷. Não se trata aqui de identificar qual o limiar mínimo de protecção nos EM e adoptar esse como o *standard* respectivo. Embora, por vezes, tal aconteça, e seja alvo de crítica por significar que instrumentos aprovados com o intuito de fortalecer e alargar a protecção de direitos humanos possam levar, indirectamente, a uma redução global do nível de protecção, pois os EM com níveis mais elevados de protecção acabariam por acomodar a sua ordem jurídica nivelando *por baixo* a protecção⁸. Trata-se, antes, de identificar as diferentes dimensões ou interpretações possíveis de um direito fundamental e escolher aquela que fará mais sentido para o sistema de protecção em causa, com as suas características particulares, pondo aqui o TEDH, em geral e de forma simples, a tónica no respeito de alguma margem de apreciação dos EM, por um lado, mas, por outro lado, no reconhecimento de que as protecções da CEDH têm de ser “práticas e efectivas” e não “teóricas ou ilusórias”⁹. E o TJUE põe a tónica na

⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, *A tutela multinível dos direitos fundamentais – a posição do TC Português – Relatório na 16.ª Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal – Santiago de Compostela, 16 a 19 de Outubro de 2014*, texto junto à nota 16, https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri201410/ctri20141018_relatorio_pt.pdf [consulta em 19.11.2023].

⁷ *Ibid.*, texto junto à nota 14.

⁸ Um exemplo foi o Acórdão do TC espanhol no caso *Melloni*, originado precisamente por se tratar de um conflito entre uma protecção mais ampla da Constituição espanhola com as normas de uma Decisão-Quadro, cuja compatibilidade com a CDFUE se questionava. Após a decisão do TJUE no caso *Melloni*, em que o primeiro acabou por reinterpretar a Constituição espanhola reduzindo o nível de protecção respectivo ao acolhido pelo TJUE para o direito homólogo da CDFUE. Sobre o tema, cf. por todos, ALDA TORRES PÉREZ, “*Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*”, *European Constitutional Law Review* 2 (2014), pp. 308-331.

⁹ O primeiro caso em que o TEDH afirmou a obrigação de os direitos consagrados na CEDH terem de

garantia da *efectividade do direito da União*, efectividade essa que poderá ser vista, em alguns casos, de um prisma da efectividade de um direito ou liberdade fundamental consagrada na União – e, portanto, num prisma de maximização desse direito. Mas, em outros casos, é vista de um prisma da efectividade de outras disposições do direito da União e, como tal, numa perspectiva de restrição de direitos que possam conflitar com tal efectividade, mesmo que tenham a natureza de protecções fundamentais consagradas ao nível dos EM.

Para além do diálogo informal na jurisprudência de cada Tribunal, no plano argumentativo, existem também mecanismos institucionalizados de diálogo e cooperação, em particular a nível “vertical”, corporizados no reenvio prejudicial para o TJUE em matéria de interpretação ou validade do direito da União (cf. artigo 267.º do TFUE) e ainda nos pedidos de decisão sobre a interpretação da CEDH a título consultivo ao TEDH, instituídos pelo Protocolo n.º 16 à CEDH, em vigor deste 1 de Agosto de 2018, mas que Portugal ainda não ratificou¹⁰. Estes mecanismos permitem que o diálogo inter-jurisdicional se faça no próprio caso em análise, obtendo do TJUE ou do TEDH a interpretação autoritativa sobre o *standard* de protecção consagrado nos respectivos textos fundamentais.

Observar o Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, da perspectiva do constitucionalismo multi-nível é deveras pertinente, como evidenciam a Declaração de Voto¹¹ (e o próprio Voto de Vencido)¹² constante do mesmo. É importante, designadamente, tentar destilar de que forma o Tribunal dialogou com o TJUE e como perspectivou o papel do direito da União. Trata-se de um acórdão inovador ao nível do diálogo com os *standards*

ser “práticos e efectivos” (“*practical and effective*”) foi em 1979, obrigando a uma interpretação do teor da Convenção com pendor para o elemento teleológico, no sentido de impor aos EM a consagração de remédios jurídicos e processuais efectivos para os cidadãos poderem beneficiar dos direitos da Convenção – *Airey c. Irlanda*, 09.10.1979, proc. n.º 6289/73 (a inexistência de apoio judiciário para acesso a um processo perante o *High Court* para obter uma decisão de separação de um marido violento viola o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, ao tornar o direito de acesso ao tribunal um direito teórico e ilusório, pois mesmo que a requerente se possa representar a si própria, o processo envolve matéria jurídica complexa, recolha e exame da prova testemunhal e pericial e um distanciamento emocional que permita advogar com objectividade).

¹⁰ Protocolo n.º 16 à Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (STES n.º 214), <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=214> [consulta em 19.11.2023].

¹¹ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Concorrente dos Conselheiros Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers.

¹² Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto de Vencido do Conselheiro Lino Ribeiro.

normativos de protecção e do direito da União, ou do diálogo com o Tribunal de Justiça? Deixaremos aqui alguns apontamentos resultantes de uma primeira leitura do aresto em causa.

III. Inovação do Acórdão n.º 268/2022 no diálogo institucional com o TJUE e o direito da União?

Quanto ao diálogo institucional, a resposta é fácil. O Acórdão não foi inovador, pois continuou a não fazer uso do mecanismo do reenvio prejudicial para o TJUE. Talvez esta observação não possa ser vista como uma crítica, já que o problema interpretativo em análise tinha, à data, sido já objecto de tratamento bastante exaustivo pelo TJUE.

No entanto, se observarmos o comportamento de outros tribunais, incluindo órgãos com jurisdição em matéria constitucional, nesta matéria (*data retention* ou conservação de dados de telecomunicações e acesso pelas autoridades de segurança ou competentes em matéria de investigação e prossecução penais), que colocaram questões prejudiciais com vista a levar à apreciação do TJUE os parâmetros normativos do seu direito interno, considerando diferenças entre estes e os que tinham dado origem a outros pedidos de decisão prejudicial, facilmente se concluirá que não teria sido despiciendo o TC fazer uso do mecanismo de reenvio prejudicial¹³. Este ponto foi suscitado no voto de vencido do Conselheiro Lino Ribeiro, que considerou que a visão que a maioria adoptara do direito da União não decorria

¹³ Acórdão do TJUE de 21.12.2016, *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e Outros*, C-203/15 e C-698/15 (*Tele2 e Watson*), ECLI:EU:C:2016:970, referente ao regime na Suécia e no Reino Unido; Acórdão do TJUE de 02.10.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788, referente ao regime em Espanha; Acórdão do TJUE de 06.10.2020, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e Outros*, C-623/17 (*Privacy International*), ECLI:EU:C:2020:790, referente ao regime no Reino Unido; Acórdão do TJUE de 06.10.2020, *La Quadrature du Net and Others c. Premier ministre e Outros*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18 (*La Quadrature du Net*), referente ao regime em França e na Bélgica; Acórdão do TJUE de 2.03.2021, *Processo Penal c. H. K. (Prokuratur)*, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, referente ao regime na Estónia; Acórdão do TJUE de 05.04.2022, *G.D. c. The Commissioner of An Garda Síochána*, C-140/20 (*An Garda Síochána*), ECLI:EU:C:2022:258, referente ao regime na Irlanda; Acórdão do TJUE de 20.09.2022, *Bundesrepublik Deutschland c. SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH*, C793/19 e C794/19 (*SpaceNet e Telekom Deutschland*), ECLI:EU:C:2022:702, referente ao regime na Alemanha; Acórdão do TJUE de 20.09.2022, *VD e SR*, C-339/20 e C-397/20, ECLI:EU:C:2022:703, referente ao regime em França no domínio dos crimes de mercado; Acórdão do TJUE de 17.11.2022, *Spetsializirana prokuratura*, C-350/21, ECLI:EU:C:2022:896, referente ao regime na Bulgária. E ainda os casos pendentes submetidos em outras questões relacionadas: *Procura Generale della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano*, C-178/22 (pedido do Tribunale di Bolzano); *Criminal proceedings against DX*, C-241/22 (pedido do Hoge Raad der Nederlanden), referente a retenção de dados por motivos diferentes de obrigação legislativa; *La Quadrature du Net, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Franciliens.net, French Data Network c. Premier ministre, Ministre de la Culture*, C-470/21 (pedido do Conseil d'État).

necessariamente das decisões do TJUE, pelo que só com a colocação de uma questão prejudicial se poderia ter concluído com segurança que o juízo de proporcionalidade efectuado pelo TJUE nos casos *Digital Rights Ireland*, *Tele 2* e *La Quadrature du net* seria transponível para o juízo sobre as normas da lei portuguesa.

Nesta perspectiva, se tivesse decidido colocar a questão prejudicial, o Acórdão já não teria recebido o galardão de Acórdão histórico, por ter pela primeira vez feito uso desse mecanismo¹⁴. Esse pertence ao Acórdão n.º 711/2020¹⁵. No entanto, por um lado, este Acórdão tem como particularidade ter sido proferido num processo de fiscalização concreta ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do Tribunal Constitucional, ou seja, não no contexto da fiscalização de constitucionalidade e de um possível confronto de uma norma de direito constitucional com o direito da UE, mas sim da compatibilidade do direito interno ordinário com o direito internacional. Por outro lado, uma vez que neste caso o TC viria a retirar o pedido de decisão prejudicial que dera origem ao processo perante o TJUE (C-136/21), face à decisão no processo de incumprimento contra Portugal (C-169/20), o Acórdão n.º 268/2022 poderia ter ficado para a história como o primeiro processo em que o TC apresentara um pedido de decisão prejudicial efectivamente decidido pelo TJUE.

A colocação da questão prejudicial poderia ter sido pertinente, não só pelo marco histórico que constituiria, mas porque tem sido suscitada a dúvida sobre se tal reenvio poderia ter resultado num sentido diferente do decidido pelo TC. Isto é, a indagação sobre se, face a uma possível interpretação do TJUE sobre o direito da União que viesse a redundar num resultado diferente daquele que o TC retirou dos anteriores arestos daquele Tribunal, o nosso TC teria seguido o mesmo critério decisório quanto ao significado e à autonomia do direito da UE como parâmetro normativo de constitucionalidade a aplicar no juízo de conformidade constitucional à luz da Constituição da República Portuguesa (CRP) e qual teria sido assim o resultado do juízo de constitucionalidade material das normas em apreciação.

¹⁴ A maior “abertura” do TC ao direito da União e, possivelmente, à utilização do mecanismo do reenvio prejudicial ao TJUE parece ter sido inaugurada no Acórdão n.º 422/2020 – cf. RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, nota 4, p. 993.

¹⁵ Acórdão n.º 711/2020, de 9 de Dezembro de 2020, Relator: Maria de Fátima Mata-Mouros, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200711.html> [consulta em 19.11.2023]. Para um comentário sobre o Acórdão, cf. RUI TAVARES LANCEIRO, “Notas sobre o Conhecimento do Recurso previsto na Alínea i) do n.º 1 do Artigo 70.º da LTC Quando Está em Causa a Integração Europeia – em Jeito de Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional* 2 (2022), pp. 81-104.

IV. Inovação do Acórdão n.º 268/2022 no diálogo informal com o TJUE e o direito da União?

1. Antecedentes

Oito anos antes, em 2014, no relatório apresentado pelo TC na Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português, a Conselheira ANA MARIA GUERRA MARTINS e MIGUEL PRATA ROQUE salientavam que, tendo em conta as limitações do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, “a participação do TC Português na articulação dos diversos níveis de tutela dos direitos fundamentais tem vindo a ocorrer, essencialmente, num plano informal, através do diálogo judicial”¹⁶. Ou seja, no prisma do diálogo argumentativo e não institucional. Os autores distinguiam assim várias fases na jurisprudência do TC.

Numa fase inicial de “(quase) negação”, “raramente invocava fontes internacionais ou europeias (não obstante o artigo 16.º, n.º 2, da CRP)”, mas invocava direito comparado (em regra, observando determinadas jurisdições, como a alemã ou italiana). Davam como exemplo o Acórdão n.º 423/87, em que o Tribunal abordara o “problema da fixação do ensino de religião e moral como disciplina obrigatória no sistema público de educação, tendo-se limitado a proceder a uma análise comparatista com as soluções ordenadas noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros”, sem, todavia, fazer “apelo a considerações ou parâmetros normativos de índole internacional, como a CEDH ou o PIDCP”¹⁷.

Numa segunda fase, de “progressiva abertura”, segundo aqueles autores, o Tribunal passaria a tomar em consideração fontes internacionais e europeias, utilizando-as como instrumento de reforço das opções constituintes nacionais, ou seja, para comprovar o bem-fundado do parâmetro de constitucionalidade interno aplicado, mas sem que estas constituíssem um parâmetro autónomo de decisão. A adesão às Comunidades Europeias parecia ter operado uma abertura, ainda que mínima, às fontes europeias e internacionais. Não obstante, o TC nunca assumiu essas fontes como parâmetro autónomo de “normatividade constitucional”. Na prática, tal significou que os arestos do Tribunal passaram a conter um breve excuro sobre o nível de protecção daquelas fontes. Exemplo da primeira decisão relevando esta nova fase, segundo os autores, foi o Acórdão n.º 352/98. Neste, a propósito da possibilidade de rejeição imediata de recurso penal manifestamente improcedente, foi analisada a jurisprudência

¹⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, *op. cit.*, nota 6, ponto IV-10.

¹⁷ *Ibid.*, ponto IV-10.1.

do TEDH sobre as garantias de defesa dos arguidos. No entanto, o Tribunal reafirmara “a autossuficiência do texto constitucional português”¹⁸.

Já numa terceira fase, o Tribunal passa a tomar em consideração aquelas fontes, mas agora conferindo-lhes um papel relevante para a definição do parâmetro de constitucionalidade interno aplicado. Ou seja, para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Para os autores, passa assim a assistir-se a uma aplicação autónoma de parâmetros de constitucionalidade de fonte externa. Não é directa – ou seja, o Tribunal não “aplica” o direito consagrado no direito europeu para decidir o caso. Mas utiliza-o como “elemento decisivo de interpretação actualista e sistemática do próprio texto constitucional”. O exemplo considerado paradigmático pelos autores é o Acórdão n.º 544/2014, sobre a liberdade religiosa no âmbito do exercício profissional, no respectivo local de trabalho. Neste, além da abundante referência a fontes internacionais e europeias, o Tribunal ainda explicita e pondera vários Acórdãos do TEDH, com um grau de minúcia não só na identificação mas na compreensão demonstrada dos instrumentos internacionais que “evidencia um novo julgador, bem munido das ferramentas indispensáveis a uma compreensão global e mundividente do Direito, que já não se cinge aos territórios e aos instrumentos jurídicos nacionais”. Citam, ainda, o Acórdão n.º 574/2014, entendendo que este confirmou que “o juiz constitucional português se considera vinculado ao Direito Internacional e ao Direito Europeu”, pois nas decisões em matéria de austeridade foi evidente que adoptou uma perspectiva segundo a qual “os princípios constitucionais consagrados na Lei Fundamental portuguesa não divergem dos princípios gerais igualmente reconhecidos pela comunidade internacional e europeia”¹⁹. Esta evolução na jurisprudência do Tribunal deve-se, segundo os autores, a factores endógenos e exógenos: (i) os primeiros referentes à designação de membros do Tribunal provenientes de áreas de especialização em Direito Internacional e Direito Europeu, quer ao nível da academia, quer das magistraturas; (ii) os segundos relacionados com a crise financeira de 2008 e o programa de assistência financeira de 2011, com a consequente vinculação a uma série de compromissos internacionais de austeridade que implicavam medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias, suscitando pedidos de fiscalização de constitucionalidade; bem como com a progressiva globalização que torna impossível a resolução de questões jurídicas a nível nacional e ainda mais acessível a informação sobre outros sistemas jurídicos que permite ver a identidade dos problemas ali colocados.

¹⁸ *Ibid.*, ponto IV-10.2.

¹⁹ *Ibid.*, ponto IV-10.3.

2. O Acórdão n.º 268/2022 – terceira ou quarta fase?

Será o Acórdão n.º 268/2022 ainda um aresto da terceira fase? Ou podemos já fazer uma interpretação desta decisão como pertencente a uma fase diferente?

Creemos que a distinção ter-se-á de fazer descobrindo se a decisão adoptou o direito da União (i) como reforço argumentativo do parâmetro de constitucionalidade aplicado (*i.e.*, se chegou a uma conclusão do ponto de vista do direito interno constitucional apenas apresentando o direito da União, que chegaria ao mesmo resultado como reforço argumentativo para a bondade da sua decisão); como parâmetro interpretativo integrador do parâmetro de constitucionalidade aplicado (*i.e.*, se chegou a uma conclusão do ponto de vista do direito interno constitucional utilizando o direito da União como determinante para a definição do conteúdo material do direito fundamental homólogo da CRP), (ii) por deferência perante o reconhecimento da adequação da ponderação constitucional ali definida, ou (iii) por obrigação resultante do primado do direito da UE, ou ainda (iv) como parâmetro de constitucionalidade, por força do princípio do primado e do seu reconhecimento constitucional no artigo 8.º, n.º 4, da CRP (*i.e.*, por considerar que a violação de um direito fundamental estabelecido no direito da União, por força desta norma, implica a violação do direito homólogo da Constituição).

Não é fácil, sobretudo numa análise com as limitações do presente texto, responder a esta questão. Tendemos, todavia, a incluir este Acórdão numa “quarta fase”. É que, na verdade, nos parece que o resultado da decisão do Tribunal – quer na leitura da decisão, quer da Declaração de Voto concorrente – é uma maior vinculação do parâmetro normativo do direito interno constitucional português ao direito da União do que aquela que resultaria apenas do diálogo inter-jurisdicional no qual a adopção da posição do direito da UE seria consequência de uma deferência para com este direito ou a jurisprudência bem estabelecida do TJUE, por exemplo, em domínios inovadores.

Assim, numa primeira leitura, parece-nos que o Tribunal pode estar, de facto, a entrar num novo paradigma, em que reserva ao direito da UE o “primado” sobre o conteúdo de protecção de direitos fundamentais no âmbito em que o direito da União seja aplicável. Na prática: nesse âmbito, o parâmetro de constitucionalidade normativa relevante, e autónomo do parâmetro do direito interno, seria o do direito da União. Este estabeleceria o “chão mínimo” (e porventura, o “tecto máximo”), consoante o caso, e sujeito à evolução da jurisprudência de *Kirchberg*.

Ainda assim, o percurso metodológico seguido na decisão não é isento de dúvidas sobre as respectivas implicações²⁰. Do ponto de vista das afirmações constantes da decisão acerca da sua metodologia, o Tribunal efectuou, no Acórdão n.º 268/2022, a apreciação da constitucionalidade ao abrigo do parâmetro de direito interno, que depois confrontou com o parâmetro de direito da UE, para verificar se o resultado era com este compatível²¹.

No entanto, em substância, o que parece é que o Tribunal aderiu, na definição do parâmetro de constitucionalidade de direito interno, à definição já avançada no direito europeu, que foi determinante do resultado atingido – tornando assim a averiguação da “conformidade” da interpretação preconizada com o direito da UE algo redundante²². A adopção desta perspectiva tem o risco de sujeitar o parâmetro de direito interno às flutuações do direito da União, e em particular da jurisprudência do TJUE, que vai evoluindo.

Para compreender o impacto desta nova perspectiva, cremos que é importante o confronto da Fundamentação da decisão com as Declarações de Voto.

3. Fundamentação da decisão

Ao debruçar-se sobre o papel do direito da UE, a decisão começa por salientar que “as normas fiscalizadas se colocam no domínio de aplicação do Direito da União Europeia e, por isso, estão abrangidas pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, em particular do artigo 15.º da Directiva 2002/58/CE²³. Passa então a debruçar-se sobre “a relevância desta ordem jurídica” para a fiscalização de constitucionalidade, em particular sobre o modo de que a eventual incompatibilidade das normas internas com a CDFUE e aquela disposição da Directiva influiriam na apreciação da conformidade com a Constituição, tendo em conta que o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, determina que a aplicação do direito da União se faz “*nos termos definidos pelo Direito da União*”, significando assim que, com ressalva da parte final daquela norma, é o próprio direito da União que determina o seu modo de relacionamento com o direito interno, onde se inclui o direito constitucional²⁴. Na decisão, afirma-

²⁰ Por exemplo, a decisão não é muito clara sobre as constelações em que o direito da UE tenha um nível de protecção inferior ao da CRP.

²¹ Veja-se, por exemplo, Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, §14, onde se compara o resultado do Acórdão n.º 420/2017 com a jurisprudência do TJUE.

²² Veja-se, por exemplo, *id.*, §10, onde refere que o “*sentido dos padrões constitucionais mobilizáveis*” será encontrado através de interpretação à luz do direito da UE, face ao artigo 8.º, n.º 4, da CRP.

²³ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, §7.

²⁴ *Id.*, §8.

se que a autonomia das ordens jurídicas da União e dos EM implica que uma contrariedade das normas internas com as normas da União não tenha como efeito a invalidade das primeiras, mas tão só a sua não aplicação, o que reflecte a circunstância de o relacionamento entre aqueles sistemas jurídicos não ser configurado segundo um paradigma de “pirâmide”, mas antes de uma rede²⁵. Assim, para a decisão, o efeito do direito da União “para o Tribunal Constitucional” não será o de “declarar a sua invalidade com fundamento na transgressão de regras e princípios de direito da União Europeia”. Porém, como o papel do TC é apreciar a validade de normas nacionais e não o de as desaplicar –, continua a decisão –, a mera “demonstração da contradição das normas em crise com o direito da União Europeia não permite inferir uma conclusão pela respetiva inconstitucionalidade”, tendo esta invalidade de se sustentar noutra norma constitucional e não apenas no artigo 8.º, n.º 4, da CRP e nas normas do direito da União que definem os respectivos efeitos²⁶.

A decisão passa então a propugnar a sua visão sobre o efeito do direito da União, com recurso ao princípio da interpretação conforme ao direito da União, com base no disposto no artigo 4.º, n.º 3, do TUE, com referência ao artigo 8.º, n.º 4, da CRP. O que significa esta obrigação de interpretação conforme para o Tribunal? Que na interpretação das normas do direito interno, incluindo as normas da Constituição, deve ser escolhido o resultado interpretativo conforme ao direito da União, conferindo-lhe assim efeito útil na ordem jurídica interna. Assim, para o Tribunal, sempre que estejamos perante o âmbito de aplicação do direito da União e a necessidade de interpretar um direito fundamental constante da CRP que tenha um homólogo na CDFUE, caberá interpretar o primeiro dando-lhe um sentido consonante com o segundo, em particular quando este preveja um grau de protecção mais elevado²⁷. Este princípio aplica-se também no que diz respeito

²⁵ A decisão refere ainda uma diferença entre primazia e supremacia das normas europeias. No entanto, consideramos que a distinção pode ser confusa, no sentido de que aparenta uma dicotomia entre o primado do direito da UE sobre o direito interno dos EM – como regra de preferência aplicativa – diferente da supremacia – como regra de parâmetro de validade – parece querer significar que seria diferente do relacionamento entre a Constituição federal dos EUA sobre o direito dos Estados, mas esta diferença, com a configuração descrita no Acórdão, não inexistente, pois também neste sistema a supremacia não implica a invalidade das normas estaduais.

²⁶ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, §8.1, citando jurisprudência que rejeita a *qualificação da incompatibilidade do direito interno com o direito da União como inconstitucionalidade* e ainda considera que não seria congruente o TC decidir questões que podem também ser decididas pelo TJUE.

²⁷ *Id.*, §8.2: “*o direito da União Europeia, em decorrência do princípio da cooperação leal (cfr. n.º 3 do artigo 4.º do TUE), consagra uma imposição aos Estados-Membros de garantir o efeito útil das normas europeias; e é de entre as suas várias refrações que se encontra o princípio da interpretação conforme ao Direito da União Europeia. [...]* Trata-se, pois, de uma garantia de eficácia do direito europeu plenamente recebida pelo

às condições para a restrição de direitos fundamentais, como o princípio da proporcionalidade²⁸. Conclui-se assim que, “situando-se as normas fiscalizadas no domínio de aplicação do direito da UE, a interpretação dos parâmetros constitucionais a que as regras em crise se submetem tem em conta o sentido das normas europeias, procurando-se estabelecer a interpretação mais próxima do direito europeu”²⁹.

O resultado é conhecido: (i) o Acórdão adoptou o juízo de ponderação constitucional do TJUE, considerando que “o artigo 35.º da Constituição, interpretado em conformidade com os artigos 7.º e 8.º da CDFUE, impõe ao legislador, como condição de efetividade das garantias nele consagradas, a previsão da obrigatoriedade de armazenamento dos dados pessoais” num EM da UE, pelo que as normas de conservação de dados seriam, por este motivo, inconstitucionais³⁰. Mas, mesmo que o armazenamento fosse em território da UE, o Tribunal considerou, adoptando também aquele juízo de ponderação do TJUE, que (ii) as normas em causa quanto ao IP (ainda que dinâmico), não seriam inconstitucionais, como resultara do Acórdão n.º 420/2017, que preconizou interpretação das normas constitucionais internas conforme com a interpretação da CDFUE pelo TJUE³¹⁻³², (iii) quanto aos (demais) dados de tráfego e de localização, por a sua conservação gerar uma agressão mais intensa dos direitos fundamentais à reserva da intimidade e vida privada e autodeterminação informativa, como resultara do Acórdão n.º 464/2019, seria inconstitucional, por violação dos artigos 35.º, n.º 1 e 4, e 26.º, n.º 1, da CRP, conjugados com o artigo 18.º, n.º 2, a conservação nos termos previstos, por virtude de um excesso no âmbito subjectivo, visto que abrangia os dados de todas as pessoas, sem qualquer suspeita de actividade criminosa, juízo

disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição. Ora, *pedindo-se ao Tribunal Constitucional a fiscalização de normas organicamente nacionais por referência ao seu parâmetro hierárquico de validade, é na interpretação da Constituição que intervém o Direito da União Europeia (incluindo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [CDFUE]). [...] É o que sucede no domínio de direitos fundamentais que estejam simultaneamente previstos na Constituição e na CDFUE, sobretudo quando nesta última se preveja um nível de protecção mais elevado (cfr. artigo 53.º da CDFUE). Operando-se uma ponderação das fontes internacionais de direitos fundamentais no momento da aplicação das normas e princípios constitucionais internos. Daqui decorre que, quando o Estado atua no domínio de aplicação do direito da União Europeia (n.º 1 do artigo 51.º da CDFUE), o sentido a dar aos direitos fundamentais que parametrizam a validade das normas internas deve privilegiar uma consonância com as normas europeias a que o Estado se encontra vinculado, estabelecendo-se uma relação interativa, mais do que hierárquica. [...]* (realces nossos).

²⁸ *Id.*, §8.2; cf. artigo 52.º da CDFUE.

²⁹ *Id.*, §8.2, citando como tendo o mesmo sentido o Acórdão n.º 464/2019.

³⁰ *Id.*, §12 e §16.

³¹ *Id.*, §17.3.

³² O Tribunal estendeu a conclusão aos IP referentes a pessoas colectivas – *id.*, §17.4.

que deveria ser “reafirmado” à luz dos “parâmetros europeus” convocáveis no caso, citando o Tribunal o Acórdão *La Quadrature du net*³³, (iv) no que dizia respeito ao regime de acesso aos dados pelas autoridades de investigação criminal, foi também declarado inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade, estabelecido no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, da restrição dos artigos 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, da CRP³⁴, tendo em conta a ausência de notificação, conclusão “suportada” pelo juízo de proporcionalidade não se desligar daquele que decorre do parâmetro europeu, citando o Tribunal o Acórdão *Tele2*³⁵.

4. A Declaração de Voto concorrente e o Voto de Vencido

Na Declaração de Voto concorrente dos Conselheiros José António Teles Pereira, Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers é expressado, apesar da concordância com o sentido da decisão, o desacordo quanto a dois pontos: (a) a opinião de que o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, primeira parte (aplicação do direito da UE “*nos termos por este definidos*”) deveria ter constituído um parâmetro de constitucionalidade *autónomo* ao abrigo do qual a decisão foi proferida, visto que tal foi determinante para o processo decisório; (b) a discordância quanto aos termos em que o direito da União condiciona o juízo de inconstitucionalidade ao abrigo do princípio da interpretação conforme, devendo ser outra a perspectiva em que o direito da União se reflectiria no juízo de constitucionalidade³⁶.

No que se refere ao primeiro aspecto, a Declaração de Voto concorrente critica a decisão por traçar uma distinção que inexistente entre o papel dos tribunais

³³ *Id.*, §18.

³⁴ *Id.*, §19.

³⁵ *Id.*, §19.2.

³⁶ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Concorrente dos Conselheiros Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers, §1. “[...] entendemos que nos parâmetros constitucionais desse juízo teria de constar – adicionalmente aos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, 26.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, da CRP – o artigo 8.º, n.º 4 da CRP, referido ao seu segmento inicial. A inclusão deste parâmetro, dando conteúdo à necessária projecção do Direito da União Europeia (DUE) na apreciação da questão colocada, assinala que a aplicação deste – nos termos por ele próprio definidos – é neste caso determinante do percurso conducente à decisão. Aliás, na fundamentação do pedido, foi esse o caminho da Requerente, a título principal, [...] sendo de natureza assumidamente subsidiária a referência subsequente a um controlo “[...] à luz de parâmetros exclusivamente decorrentes do texto da Constituição da República [...]” Por outro lado, a definição dos termos em que o DUE condiciona o juízo de inconstitucionalidade, corresponde a um outro ponto de afastamento dos subscritores da presente declaração da fundamentação do Acórdão. Referimo-nos concretamente ao recurso, no processo de construção da decisão, ao princípio da interpretação conforme ao Direito da União” (realces nossos).

ordinários (desaplicação) e o dos tribunais constitucionais (invalidação), recordando que “o problema é o mesmo – qual seja, o da necessidade de dar solução a situações de contrariedade de regras de DUE por parte de normas de Direito nacional. A forma de o decidir é que é distinta, devendo ter-se em consideração as diferentes competências atribuídas pela Constituição aos tribunais ordinários e ao Tribunal Constitucional”³⁷. Na perspectiva da Declaração, no controlo abstracto da constitucionalidade, a desconformidade constitucional de uma norma gera a invalidade desta, invalidade que também será mobilizada para os casos de contrariedade da norma interna com o direito da União. No entanto, existem obstáculos decorrentes do entendimento de que as normas de direito da UE “*não podem constituir ou servir de parâmetro de inconstitucionalidade, o qual será sempre e unicamente a própria Constituição*”. Para os Conselheiros subscritores da Declaração de Voto concorrente, as normas internas contrárias ao direito da UE seriam inválidas por violação da própria Constituição, “por força da violação da primeira parte do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, mais concretamente, das obrigações às quais Portugal ficou adstrito por conta da sua adesão às, então, Comunidades Europeias”³⁸. Se bem vemos, a adopção da visão propugnada pela Declaração de Voto concorrente significaria que, em sede de fiscalização concreta, não é possível declarar a inconstitucionalidade das normas, por força da limitação do contencioso de constitucionalidade nessa sede. Com efeito, na Declaração, afirma-se que, “*diversamente da lógica que presidiu à redação do Acórdão, entendemos resultar da conjugação dos artigos 7.º, n.º 6, e 8.º, n.º 4, da CRP, no quadro do DUE (por força do princípio da cooperação leal, na sua vertente negativa, decorrente do artigo 4.º, n.º 3, 3.º parágrafo, do TUE) e da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a interação das duas ordens jurídicas (designadamente, do Acórdão n.º 422/2020), que este Tribunal deveria ter assumido (integrando como condicionante), no iter conducente ao juízo de inconstitucionalidade, o que qualificamos como o standard europeu de controlo de proporcionalidade*”³⁹. Assim, para os Conselheiros, como estava em causa a declaração de invalidade pelo TJUE de uma norma com o mesmo conteúdo das normas internas declaradas inconstitucionais, e que estas estão tão estreitamente ligadas ao direito da União, por se tratar de normas directamente determinadas por

³⁷ *Id.*, §1.1.

³⁸ *Id.*, §1.1.

³⁹ *Id.*, §1.1. *Standard* europeu que, como referem os Conselheiros, neste caso foi fixado pelo TJUE no Acórdão *Digital Rights* (C-293/12 e C-594/12), e reafirmado subsequentemente nos Acórdãos *Tele2 Watson* (C-203/15 e C-698/15), *Privacy International* (C-623/17), *La Quadrature du Net* (C-511/18 e C-512/18); *H. K. Prokuratur* (C-746/18) e *Commissioner of the Garda Síochána* (C-140/20).

estas, “*como obrigação de resultado*” (com referência ao artigo 288.º do TFUE), o controlo “funcionalmente equivalente ao nacional” (*i.e.*, de natureza constitucional no sentido da apreciação da proporcionalidade de uma restrição de direitos fundamentais) e “com base em valores paramétricos materialmente equivalentes aos que estão em causa na Constituição da República” que o TJUE efectuara relativamente àquelas normas europeias deveria valer também para as normas nacionais em causa. Para os Conselheiros, seria este o significado do artigo 8.º, n.º 4, primeira parte, considerando até que o mesmo estava implícito no Acórdão n.º 422/2020⁴⁰.

Esta divergência quanto à ausência do artigo 8.º, n.º 4, do dispositivo do Acórdão, convocando esta norma como parâmetro próprio de inconstitucionalidade, “reflete, pois, uma discordância de fundo quanto ao percurso argumentativo seguido nos itens 8.2. a 9.2. do Acórdão”, imputando os subscritores da Declaração de Voto concorrente à decisão uma “leitura particularmente radical da projecção paramétrica do [direito da União Europeia] na ordem constitucional nacional – conferindo ao princípio da interpretação conforme uma aptidão geral, ampla ao ponto de gerar juízos de invalidade total de normas – como aqui sucedeu – e não, como seria apropriado ao sentido de uma interpretação conforme, juízos de validação de determinadas dimensões interpretativas por referência a valores paramétricos pretendidos projetar nessas normas”⁴¹. Para os Conselheiros, a interpretação conforme poderia ter servido para “salvar” uma qualquer dimensão interpretativa das normas cuja constitucionalidade era sindicada, mas não resultar na “supressão pura e simples destas”⁴².

⁴⁰ *Id.*, §1.2: “Entendemos que esta asserção é a que descreve adequadamente a teleologia do trecho inicial do referido n.º 4 do artigo 8.º, que aqui se aplica, e sublinhamos que a mesma está implícita no Acórdão n.º 422/2020. A circunstância de na presente situação estar em causa o exercício do controlo da constitucionalidade do Direito nacional, e não do DUE (como sucedia no Acórdão n.º 422/2020), não torna imprestável, neste contexto, a fundamentação constante desse aresto. Este, com efeito, interpretou e definiu o n.º 4 do artigo 8.º da CRP, nos dois espaços de alcance da jurisdição constitucional que nele coexistem, sendo que aqui releva, decididamente, o sentido que o Tribunal Constitucional fixou ao segmento inicial da norma, que nos permite deduzir, integrando os termos específicos do Direito da União, o caminho para a adequada abordagem do pedido, com base no princípio da cooperação leal – aliás, coisa diversa não resulta da fundamentação do presente Acórdão, ao recorrer, como pressuposto decisório, a um instituto próprio do DUE”.

⁴¹ *Id.*, §2.

⁴² A declaração crítica ainda o recurso à interpretação conforme por esta só se justificar para os actos de direito da União que não tenham efeito directo. Não nos parece que esta crítica seja totalmente precisa e além do mais dificilmente se poderá referir que as disposições da CDFUE têm efeito directo, pois não são incondicionais e suficientemente claras e precisas.

Os Conselheiros criticam assim a adopção da metodologia seguida pela decisão, em que “se afirma que as normas internas são inválidas por violação de direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, designadamente por serem os mesmos restringidos de forma desproporcionada pelas normas impugnadas, direitos e princípio da proporcionalidade *interpretados em conformidade com o DUE*”⁴³. A objecção prende-se com a defesa, por estes Conselheiros, de que o princípio da interpretação conforme foi utilizado num sentido que foge à lógica que lhe é própria, que seria a de conferir um efeito útil a normas de direito da UE, suprimindo a falta de efeito directo de certas normas; e ainda da consideração de que o recurso a essa figura deveria servir para “salvar” a norma da inconstitucionalidade, e não para a declarar⁴⁴.

Em conclusão, defendem os Conselheiros que a decisão de inconstitucionalidade deveria ter assentado num diferente plano metodológico, em que a incidência do direito da União actua através do princípio da cooperação leal, princípio que, na sua vertente positiva⁴⁵, no caso de uma Directiva, obriga os EM a transporem a mesma, para lhe darem execução⁴⁶, como, na sua vertente negativa⁴⁷, a não aplicarem as normas adoptadas em transposição da Directiva, e também a eliminar as mesmas do ordenamento jurídico nacional, suprimindo assim também a contrariedade com o direito da

⁴³ *Id.*, §1.1.

⁴⁴ *Id.*, §1.1: “Este tipo de raciocínio seguido no Acórdão [...] suscita-nos as maiores dúvidas. Dúvidas essas que têm que ver essencialmente, como adiante melhor se explicitará, com a utilização da figura da interpretação conforme com um sentido que não corresponde à lógica que lhe é própria. Na verdade, a aplicação da interpretação conforme consubstancia uma forma de suprir a falta de um efeito direto de certas normas de Direito Europeu através da produção de um efeito útil. Num outro plano, pode afirmar-se que a interpretação conforme com o Direito Europeu constitui um poder-dever do juiz ordinário. Sinteticamente, a interpretação conforme é uma prática conciliatória que impõe ao juiz nacional a resolução, *in casu*, de uma contradição entre normas internas e normas de Direito Europeu pela via hermenéutica. O que encontra justificação na primazia do Direito Europeu, nos seguintes termos: se não for possível tornar operativa a interpretação conforme de uma norma interna – porque nenhum dos seus sentidos possíveis está conforme com o DUE –, essa norma deve ser desaplicada ou invalidada. Com o recurso à interpretação conforme, na medida em que se mostre operativa, não se chega a conhecer o problema da desconformidade das normas internas com o DUE. *Admitindo-se a utilização da interpretação conforme pelo Tribunal Constitucional, a mesma, tendo em consideração a sua lógica própria, servirá necessariamente para salvar uma norma interna da sua inconstitucionalidade e não, como se faz no presente acórdão, para a fundar*” (realces nossos).

⁴⁵ Artigo 4.º, n.º 3, §2, parte final, do TUE: “Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União”.

⁴⁶ Artigo 288.º, n.º 3, §2, TFUE: “A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”.

⁴⁷ Artigo 288.º, n.º 3, §3, TFUE: “Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União”.

União, ou a modificá-las. Consequentemente, o controlo de proporcionalidade já avançado pelo TJUE impor-se-ia, enquanto manifestação do direito da União (o direito da União *nos termos por ele definidos*), como “*dado prévio*” que teria de ser integrado na apreciação de constitucionalidade pelo TC, “não realizando este um controlo redundante daquele – que sempre envolverá a possibilidade, mesmo que eventual, de chegar a resultados diferentes dos correspondentes ao *standard europeu*” que aqui deve ser projectado.

Já o Conselheiro Lino Ribeiro manifestou, no seu voto de vencido⁴⁸, neste segmento, (a) a oposição à preclusão de uma apreciação do caso à luz do direito constitucional interno, considerando que o primado do direito da União ao abrigo do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, não abrangia o primado sobre os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição; (b) a consideração de que o juízo de proporcionalidade do TJUE era incompatível com o juízo que decorreria da aplicação dos artigos 18.º, n.º 2, e 35.º da CRP ao caso, dos quais resultaria uma visão mais restritiva dos direitos à auto-determinação informativa, no confronto com o direito à segurança, pelo que nunca poderia o direito da UE prevalecer. No que diz respeito a esta posição, não estamos de acordo com a mesma, e cremos que não reflecte, de todo, de forma adequada, o primado do direito da UE, não só como estabelecido pelo TJUE, interpretando os Tratados, mas como hodiernamente aceite pelos tribunais constitucionais a nível europeu, e pelo artigo 8.º, n.º 4, da CRP, conforme interpretado no Acórdão n.º 422/2020. De facto, o primado do direito da UE abrange, também, os direitos fundamentais estabelecidos na CRP, sob reserva de casos excepcionais onde possa estar em causa a identidade constitucional de um EM, o que não era o caso⁴⁹. No que diz respeito ao segundo motivo de discordância, também não coincidimos com a visão do voto de vencido. E, em qualquer caso, essa visão significaria que o direito fundamental consagrado na CRP teria que ser desaplicado por ter um nível de protecção inferior ao estabelecido no direito da UE, conforme decorrente do artigo 53.º da CDFUE e do princípio do primado, tornando-se por isso irrelevante. Não nos parece que pudesse argumentar-se na perspectiva de uma aplicação do *standard* interno assim definido invocando que este garantiria um grau mais elevado de protecção do “direito à segurança”, face ao direito da UE. Mas esta

⁴⁸ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Vencido do Conselheiro Lino Ribeiro.

⁴⁹ Assim, também, Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Concorrente dos Conselheiros Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers, nota 10: “Estamos fora do âmbito de aplicação do contralimite que subjaz ao trecho final do referido n.º 4”.

dissemelhança de opinião evidencia o problema da determinação do *standard* de protecção mais elevado em casos de conflito de direitos fundamentais.

5. Síntese intermédia

Em suma, o Acórdão n.º 268/2022 pode, de facto, ser classificado, em nossa opinião, como inovador. Por exemplo, comparando com o Acórdão n.º 420/2017⁵⁰. Neste último o Tribunal reiterara que a circunstância de o TJUE não poder invalidar uma lei interna (ainda que de transposição de uma Directiva da UE) não impedia que se fiscalizasse a validade de tal lei à luz do direito internacional, incluindo a CEDH, do Direito da UE, incluindo a CDFUE, ou do direito nacional, decorrente da Constituição. No entanto, referia que muito embora o juízo sobre a validade de tal lei devesse *ter em conta* o juízo de validade efectuado pelo TJUE sobre a Directiva transposta pela mesma, o juízo a efectuar continuaria a ser “autónomo” relativamente ao efectuado pelo TJUE. No Acórdão n.º 268/2022, o Tribunal, muito embora formalmente afirme uma tal autonomia, materialmente parece adoptar posição segundo a qual o *standard* do direito da União, definido pelo TJUE, passa a ser, no campo de aplicação do direito da União, ele próprio parâmetro de constitucionalidade material ao abrigo do direito homólogo da Constituição.

V. Esboço de observações sobre as decorrências da posição adoptada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 268/2022

1. Harmonização dos *standards* normativos de direitos fundamentais?

É sabido que a aplicação de diversos *standards* normativos com referência a direitos homólogos consagrados em diferentes textos com natureza materialmente constitucional, ancorando direitos fundamentais, apesar de ser teoricamente possível, é praticamente de difícil execução.

Tal significa, tendencialmente, que, das duas uma: ou os tribunais tendem a harmonizar os diferentes *standards* e, paulatinamente, textos muito semelhantes, mas dos quais resultava um parâmetro normativo diverso, passam a ter o mesmo conteúdo (com a vantagem de uma maior harmonia entre sistemas, facilitando a respectiva aplicação, mas com a desvantagem de eliminar uma saudável diversidade que, no diálogo, poderia levar à evolução e consolidação dos vários *standards* em causa); ou – para simplificar – os tribunais aplicam apenas um *standard* normativo, fazendo tábua rasa dos demais

(com a desvantagem de poderem ignorar *standards* normativos aplicáveis ao caso e com isso obliterarem porventura os direitos das pessoas que deles poderiam beneficiar – um risco mais acrescido quando se trata de jurisdições não especializadas que, para além destas questões, têm que dirimir outras).

Na minha experiência como Advogada, vejo como particularmente difícil argumentar perante um Tribunal usando vários *standards* normativos simultaneamente – como a CEDH, a CDFUE e a Constituição. Não só pelo nível de conhecimentos e investimento de tempo necessário para o poder fazer devidamente, como pela circunstância de esse tipo de argumentação levar a que as peças processuais se tornem demasiado longas. Mas também porque, no resultado, os tribunais tendem a privilegiar apenas um dos *standards* que analisam mais detidamente – o que relevar directa e imediatamente da sua jurisdição –, tratando os outros de forma sumária. Dir-se-á que os Advogados têm de optar e seleccionar apenas um dos *standards* em causa, mas tal selecção levaria a que prescindíssemos de fazer uso da tutela multi-nível que é conferida às pessoas por força do direito da União, ou do direito europeu da CEDH.

A perspectiva adoptada pelo Acórdão n.º 268/2022 poderia tornar, neste ponto, mais simples a tarefa do juiz e dos vários sujeitos processuais tanto quanto dita que, sempre que nos encontremos no domínio de aplicação do direito da UE, a ponderação feita por este nível do sistema seria a que prevalecerá. O que significa, na prática, harmonizar o *standard* normativo aplicável, aplicando apenas o *standard* do direito da União. Esta posição parecer ser claramente a da opinião dos Conselheiros que emitiram declaração de voto concorrente, para quem, nestes casos, parece ser defendido que o artigo 8.º, n.º 4, é ele próprio norma violada (o que implicaria, possivelmente, mesmo a preclusão de aplicação de *standards* mais protectores do direito interno, caso estes não possam ser aplicados por força da violação do primado, unidade e efectividade do direito da União, sempre que estejamos no âmbito de aplicação do direito da União, sem prejuízo da situação excepcional prevista na parte final daquela norma). A perspectiva adoptada na decisão parece resultar um pouco mais dúbia, sobretudo na forma como o critério é aplicado. Mas concordamos com a Declaração de Voto no sentido de que a leitura da decisão indicia que, de facto, foi o direito da União o determinante para o sentido da interpretação do *standard* constitucional interno. Aliás, parece decorrer da decisão o entendimento de que, no âmbito de aplicação do direito da União, é este que prevalece na definição do conteúdo e limitações admissíveis do direito fundamental consagrado na CRP, até porque, caso este tenha conteúdo desconforme ao definido no direito da União, mas admita

⁵⁰ Acórdão n.º 420/2017, de 13 de Julho de 2017, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170420.html> [consulta em 19.11.2023].

diferente interpretação que lhe seja conforme, terá de prevalecer esta última. Aparentemente, assim, a posição que venceu opera uma alteração do conteúdo do direito consagrado na CRP e do juízo de admissibilidade de restrição ao mesmo em função do direito da UE e do juízo do TJUE, que pode ir mudando até com o tempo.

2. Disparidade dos *standards* normativos de direitos fundamentais fora do âmbito de aplicação do direito da União?

Ficamos com a dúvida sobre o que sucederá nos casos que estejam fora do âmbito de aplicação do direito da União. Nestes, o *standard* normativo interno poderá ser diferente? Fará sentido sê-lo?

Se o for, causará porventura uma divergência de *standards* pouco compreensível. Por exemplo, será difícil ao destinatário compreender porque é que, em um caso, a proporcionalidade das restrições ao direito à privacidade e à autodeterminação informacional é aferida em função de um juízo que tem em conta as normas referentes à conservação de dados, sem considerar as garantias de acesso (como faz o TJUE, por analisar separadamente os dois aspectos), enquanto noutros fará uma análise global em que tem em conta tanto as normas referentes à conservação, como as referentes à transmissão desses dados às autoridades (como faz o TC), com resultados diferentes.

Esta divergência de *standards* poderá causar alguma fricção e, em última análise, criar uma “*race to the bottom*”, no sentido de que o *standard* interno que supostamente manteria a sua autonomia, fora do âmbito de aplicação do direito da União, e seria mais protector, passará a ser interpretado a partir de uma *lockstep approach*⁵¹: o seu conteúdo reflectirá a cada momento o do *standard* normativo definido pela unidade constituinte central. Resultado: uma teórica manutenção do sistema multi-nível com diferentes *standards* normativos de protecção a nível da unidade constituinte local, passaria a ser na prática um sistema de protecção materialmente reduzido a apenas um parâmetro de tutela. Nesta perspectiva, a metodologia da decisão poderia suscitar um risco de “colar” o *standard* constitucional interno ao do direito da União, ficando sujeito à evolução – sobretudo a evolução jurisprudencial sob a égide do TJUE – deste.

⁵¹ Cf. ROBERT F. WILLIAMS / LAWRENCE FRIEDMAN, *Lockstepping State Constitutional Rights with Federal Constitutional Law*, in Robert F. Williams / Lawrence Friedman, *The Law of American State Constitutions*, 2.ª ed., Nova Iorque: Oxford University Press, 2023, pp. 224-238.

3. Maior “acesso” ao direito da União e ao TJUE no contencioso de constitucionalidade?

Como é bastante sabido, e expusemos *supra*, o TC vem reiterando expressamente a posição de que o direito da União não é um *standard* autónomo de fiscalização da constitucionalidade e como tal não cumpre ao Tribunal sindicar a compatibilidade de normas do direito interno com o direito da União.

Seja seguindo a perspectiva da decisão, com a circunstância de o TC passar a considerar o direito da UE como um *standard* de interpretação “obrigatório” para a conformação do conteúdo material do direito fundamental constante da CRP, seja a perspectiva da Declaração de Voto concorrente, tal deveria ter consequências para os mecanismos de diálogo inter-jurisdicional com o TJUE. Isto porque, passando a aplicar o direito da União, e sendo, nesta matéria, sempre um tribunal de última instância, o TC fica obrigado à colocação de questões prejudiciais ao TJUE sempre que se verifiquem os pressupostos do artigo 267.º do TFUE⁵². Em concreto, quando esteja em causa uma questão de interpretação ou validade do direito da União considerada necessária ao julgamento da causa⁵³. O que será particularmente relevante quando surjam questões de interpretação novas com interesse geral para a aplicação uniforme do direito da União, ou quando a jurisprudência existente não dê o necessário esclarecimento num quadro jurídico ou factual inédito⁵⁴. A submissão da questão é obrigatória para os tribunais de cujas decisões não caiba recurso, salvo quando exista jurisprudência firme na matéria, ou quando a forma correcta de interpretar a norma em causa não dê origem a dúvida razoável⁵⁵.

Outra dúvida ficou no nosso espírito: qual o impacto desta decisão a nível da fiscalização concreta da constitucionalidade? Com o Acórdão n.º 268/2022 – pelo menos na nossa primeira leitura – o Tribunal parece ter aberto a via do controlo da conformidade do direito interno com o direito da União em matéria de direitos fundamentais, em sede de fiscalização concreta, fora do caso do artigo 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do Tribunal Constitucional. Na nossa primeira leitura, a adopção do *standard* do TJUE como *standard*

⁵² Artigo 267.º, §3, TFUE.

⁵³ Artigo 267.º, §2, TFUE.

⁵⁴ Cf. Recomendações do TJUE à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (2019/C 380/01), §5, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2019_380_R_0001 [consulta em 19.11.2023].

⁵⁵ Cf. *ibid.*, §6.

de constitucionalidade através da incorporação do sentido interpretativo dos direitos constantes da CDFUE nas protecções homólogas da CRP, desde que no âmbito de aplicação do direito da UE e daquela Carta⁵⁶, abre a via a uma invocação do direito da UE como parâmetro de constitucionalidade autónomo, pois, mesmo seguindo a posição da decisão no Acórdão n.º 268/2022, esta torna necessário aferir o conteúdo do direito da UE e, como tal, recorrer ao TJUE sempre que tal conteúdo não seja suficientemente claro e determinado e seja necessário à decisão do caso. Esta posição parece, através do recurso à obrigação de interpretação conforme, contornar a questão da insusceptibilidade de invocar inconstitucionalidades indirectas por violação do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, em sede de contencioso de fiscalização concreta da constitucionalidade⁵⁷. Já a visão da Declaração de Voto concorrente parece não resolver esta questão, pois, ao insistir na utilização do artigo 8.º, n.º 4, parece pretender manter aquela barreira (em nosso ver incompreensível) à suscitação de questões de violação do direito da UE no contencioso da fiscalização concreta, fora do âmbito do artigo 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do Tribunal Constitucional. Com efeito, neste âmbito, a única possibilidade de aceder ao TC é em caso de recusa de aplicação de normas de direito interno por violação do direito da União⁵⁸.

⁵⁶ Artigo 51.º, n.º 1, CDFUE.

⁵⁷ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão n.º 501/2021, de 9 de Julho de 2021, Relator: Maria José Rangel de Mesquita, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210501.html> [consulta em 19.11.2023], §17: “[...] é de referir desde logo que a violação de normas de Direito Internacional ou de Direito da União não gera um vício de inconstitucionalidade controlável neste contexto. Como ponderado no Acórdão n.º 241/2017, desta 3.ª Secção (recentemente corroborado pelo Acórdão n.º 60/2020, II. 10.): «8.2. Além disso [...] no quadro de uma protecção multinível, também não assiste razão aos reclamantes. Com efeito, [...] verifica-se [...] ser jurisprudência firmada deste Tribunal que por questões de constitucionalidade «apenas se podem entender as questões de constitucionalidade directa», pelo que a pretendida contrariedade de uma norma legislativa interna, como sucede *in casu*, com uma convenção internacional – como as invocadas pelos ora reclamantes –, incluindo os Tratados institutivos da União Europeia (e a CDFUE, à qual aqueles conferem idêntico valor jurídico), não pode relevar como questão de inconstitucionalidade para efeitos de fiscalização concreta pelo Tribunal Constitucional (neste sentido o Acórdão n.º 569/2016, II. Fundamentação n.º 12, e jurisprudência aí citada).» Para além disso, reitera-se que os parâmetros invocados para fundar a inconstitucionalidade da norma foram já objeto da ponderação [...] *O mero facto de esses parâmetros serem invocados pelos recorrentes com base também em fonte de direito internacional regional (CEDH) ou de direito da União Europeia não representa, só por si, uma inovação substantiva face à equivalência normativa da protecção decorrente dos princípios e normas aí consagrados. Tal só não ocorreria se os recorrentes lograssem demonstrar com evidência que existem diferenças na protecção resultante de tais fontes não nacionais [...]*” (realces nossos).

⁵⁸ Assim, RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, nota 4, p. 998, referindo, a propósito do Acórdão n.º 711/2020, que o papel do TC no controlo da conformidade de disposições nacionais com o direito da UE está aberto, mas que “é um caminho estreito”, pois só é possível recorrer para o Tribunal “após a obtenção de uma decisão de outro tribunal de não aplicação da disposição nacional e apenas em casos de violação do direito primário da UE”. Pelo que, vaticina o autor, a intervenção do Tribunal “continuará provavelmente a ser muito limitada”. Cf. também, a título de exemplo, o Acórdão n.º 569/2016, de 19 de Outubro, Relator: Fernando Ventura, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160569.html> [consulta em 19.11.2023], §12.

Tem razão, todavia, esta Declaração, quando refere que a decisão pode não ter traçado um caminho claramente aplicável em sede de fiscalização concreta, já que, ao partir de uma polarização entre “desaplicação / invalidação das normas”, diferenciando os “tribunais ordinários” do TC, “a referida dicotomia deixa por explicar todo o vasto domínio da fiscalização concreta – em que se aprecia a validade constitucional de uma norma, mas o efeito do juízo positivo de inconstitucionalidade é a sua desaplicação no caso concreto. Ora, no controlo de tipo abstrato, a contrariedade de uma norma com a Constituição gera a invalidade da norma e a mesma invalidade deve ser mobilizada para os casos de contrariedade da norma interna com o DUE”⁵⁹.

4. Que desafios se colocam em termos de metodologia e interpretação constitucional num sistema multi-nível onde são aplicáveis simultaneamente vários *standards* de protecção?

Seria interessante perceber que desafios se colocarão no futuro em termos de metodologia e interpretação constitucional em matéria de direitos fundamentais. Noutros sistemas multi-nível, como nos EUA, o direito federal estabelece os critérios que tornam as decisões dos Estados constituintes sindicáveis ao abrigo do *standard* federal de protecção da Constituição, delimitando-as daquelas que ficam imunes a esta sindicância, por resultarem de uma aplicação autónoma de um *standard* constitucional estadual. Desde que uma decisão estadual seja decidida com fundamento adequado e independente num direito estabelecido na Constituição estadual (*adequate and independent state grounds*) e que tal esteja declarado claramente na decisão (*plain statement rule*), esta não será sindicável com fundamento na interpretação do direito em causa. Se este não for o caso, e for aparente que a decisão assenta primeiramente no direito federal, o Supremo Tribunal Federal assumirá que a decisão se baseia de facto no direito federal e terá jurisdição⁶⁰.

Tendo em conta este critério, discute-se na doutrina se os Tribunais estaduais devem aplicar primeiro o direito federal ou o direito estadual e ainda qual o papel do direito federal na interpretação do direito estadual. Questões metodológicas que podem ter impacto na dinamização do desenvolvimento da doutrina constitucional estadual (quando o direito constitucional estadual é primeiramente considerado e na respectiva interpretação não se limita a

⁵⁹ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Concorrente dos Conselheiros Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers, §1.1.

⁶⁰ *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983); *Fox Film Corp. v. Muller*, 296 U.S. 207 (1935).

aderir ao *standard* federal acriticamente), ou na respectiva estagnação e até neutralização (quando a metodologia escolhe a aplicação primeira do direito constitucional federal, ou, não o fazendo, adopta como método interpretativo o da deferência desta face à doutrina constitucional federal). Parece vir prevalecendo neste sistema a visão segundo a qual deve ser primeiramente aplicada a constituição estadual. No entanto, a visão sobre o papel da Constituição federal na interpretação da homóloga estadual permanece debatida. Em nome da maior uniformidade e também de uma simplificação da análise constitucional, alguns Supremos Tribunais estaduais adoptam uma visão de *lockstep*, adoptando o conteúdo da Constituição federal para a estadual⁶¹. Por vezes, tal leva a que tenham de adivinhar como viria a decidir o Supremo Tribunal Federal dos EUA um caso ainda não decidido, o que pode levar à adopção de visões muito limitativas do conteúdo dos direitos, para evitar uma futura revogação das decisões pelo Supremo Tribunal federal.

É certo que o sistema multi-nível da UE é muito diferente e o papel dos tribunais constitucionais e da doutrina constitucional estadual dos Estados-Membros é mais consolidado. O que levaria a concluir que os receios de uma uniformização excessiva não se verificariam deste lado do Atlântico. No entanto, cremos que a força centrípeta da jurisdição do TEDH, e agora do TJUE, bem como a configuração do primado do direito da União (será este compatível com uma aplicação em primeira linha metodológica do direito estadual e só depois do direito federal?), podendo até precluir o direito dos Estados em matéria de direitos fundamentais ao tornar inaplicável uma protecção estadual mais elevada, tornam relevante o estudo mais aturado destas perspectivas problemáticas.

Seria interessante comparar se há de facto uma diferença entre os sistemas, por exemplo em matéria criminal. Na UE, nesta matéria, e em certos casos, a aplicabilidade do direito federal (da União) pode tornar inaplicável um direito fundamental consagrado na constituição estadual e que confere um nível de protecção mais elevado, perante os próprios tribunais estaduais que, por força do primado, têm de desaplicar o seu direito interno. Ao fazê-lo, estão a actuar como tribunais *funcionalmente* federais.

Nos EUA, um tribunal estadual apenas pode ter de desaplicar um direito estadual fundamental se este oferecer um nível de protecção inferior ao de um direito fundamental federal que seja aplicável ao caso. Se oferece um nível de protecção superior, então o direito fundamental estadual manterá

⁶¹ ROBERT F. WILLIAMS / LAWRENCE FRIEDMAN, *op. cit.*, nota 51, pp. 224-238.

plena aplicação. No entanto, esta protecção, que é efectiva do ponto de vista da validade normativa e justiciabilidade a nível estadual, pode tornar-se irrelevante. Isto porque tal protecção não é invocável perante os tribunais federais. Ora, tendo esta jurisdição judicativa em matéria criminal, e inexistindo uma proibição de dupla prossecução a nível estadual e federal pelos mesmos factos, na prática acaba por amiúde prevalecer o *standard* de protecção inferior do direito federal (algo que é condicionado ou temperado pelo carácter discricionário da prossecução penal). Na UE, em matéria penal, inexistem tribunais federais em sentido institucional e pode, por isso, caber aos tribunais estaduais, actuando funcionalmente como tribunais federais, precisamente decidir que deve prevalecer um *standard* de protecção inferior decorrente do direito federal, com a consequente inaplicabilidade do direito fundamental estabelecido na Constituição estadual (ainda que sem consequências ao nível da validade normativa).

Estas semelhanças e diferenças merecem estudo também na perspectiva da análise crítica ao “diálogo inter-jurisdicional” no seio da UE, pois é claro, observando o sistema do outro lado do Atlântico, que a metodologia a seguir pelos tribunais dos Estados terá impacto significativo no desenvolvimento e configuração futura do sistema multi-nível de protecção, levando-o no caminho de uma forte harmonização e nivelção que pode neutralizar o carácter múltiplice dos níveis de tutela de direitos fundamentais, ou ao invés na direcção da manutenção de uma diversidade potenciadora desta multiplicidade.

VI. Conclusão

Em conclusão, cremos que se justifica, como adiantado na introdução, um estudo mais aprofundado desta decisão, sob a perspectiva do constitucionalismo multi-nível. Independentemente do resultado destes estudos e da evolução e clarificação da doutrina do TC, cremos que o Acórdão n.º 268/2022 é sobretudo inovador na forma como dialogou directamente com o direito da União e a jurisprudência do TJUE, procurando aderir ao resultado do labor jurisprudencial deste órgão, com consequências directas para o juízo de inconstitucionalidade material pronunciado na decisão, bem como, na nossa primeira leitura, para casos futuros, mesmo em sede de fiscalização concreta, abrindo espaço à intervenção do direito da UE como *standard* de interpretação autónomo e decisivo dos próprios direitos fundamentais da Constituição da República Portuguesa. Este ponto é, no entanto, sensível, visto que seis Conselheiros aqui adoptaram visão diferente

dos cinco Conselheiros que subscrevem a decisão e fundamentação na íntegra. Em nosso ver, a decisão poderia ter ido mais longe, seguindo um caminho de diálogo frontal com o TJUE, através da apresentação da questão prejudicial que era pertinente e necessária à solução do caso e poderia considerar-se não suficientemente resolvida, mormente porque os “factos” do caso, *i.e.*, as características da norma de direito interno, eram diferentes dos anteriormente submetidos.